

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

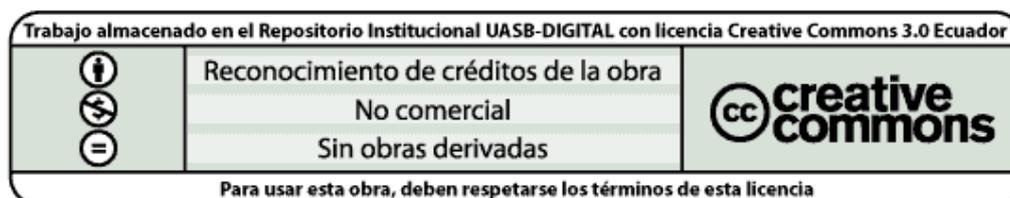
Mención en Derecho Internacional Económico

La migración del trabajo femenino colombiano, en el Ecuador, en el marco del derecho comunitario andino

María Augusta Patiño Solano

Tutora: Elisa Lanas Medina

Quito, 2016



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis.

Yo, María Augusta Patiño Solano, autora de la tesis intitulada “La Migración del trabajo femenino colombiano, en el Ecuador, en el marco del Derecho Comunitario Andino”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtuales, electrónicos, digital, óptico, como usos en la red local y en internet.

2. Declaro que, en el caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaria General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha:

María Augusta Patiño Solano.

Resumen

La migración intracomunitaria de las trabajadoras colombianas motiva cuestionar la eficacia del Derecho Comunitario, en relación con su protección, pero además nos hace repensar acerca del alcance comunitario en relación con los derechos fundamentales, conocido como jus cogen comunitario, es decir de cumplimiento obligatorio, en relación con el derecho fundamental de la libertad de tránsito; la coyuntura andina necesita una integración más profunda que trascienda los límites de lo comercial, que abarque al ser humano en su integralidad, como actor imprescindible, una integración en donde se pueda dialogar con los diferentes procesos integracionistas en América del Sur, en torno a una protección efectiva de todos y todas las ciudadanas de los distintos países suramericanos, siendo este uno de los pasos para la libertad de tránsito en el mundo.

Dedicatoria

A mis hijas: Amanda y Romina Cordero.

A mi compañero de vida: Johnny Cordero, mi apoyo incondicional.

Agradecimiento

A mis hijas, por todo lo resistido, por las ausencias, por la valentía de dejarme ir para cumplir una meta profesional.

A mi tutora, Dra. Elisa Lanas, por su orientación, colaboración, paciencia y mesura, con la que desarrollamos este trabajo, a los Doctores Gustavo García y César Montaña, por su atención especial en la elaboración de ésta investigación

A las compañeras colombianas, por el tiempo y el espacio en donde pudimos compartir.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador en las personas del Dr. Enrique Ayala Mora, rector; y el Dr. Cesar Montaña, coordinador académico de la Maestría en investigación del Derecho, por haberme dado el honor de pertenecer a la misma.

Tabla de contenido

Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis.	2
Resumen	3
Dedicatoria.....	4
Agradecimiento	5
CAPITULO PRIMERO.....	10
El derecho internacional en materia migratoria.	10
1.1.- Derecho a migrar. Aspectos fundamentales.....	10
1.2. Instrumentos internacionales en materia migratoria, ratificados por Colombia y Ecuador	21
1.3. Proyección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia migratoria sobre el derecho interno ecuatoriano	30
CAPITULO SEGUNDO.	38
Derecho comunitario andino en materia de migración laboral.....	38
2.1. El Derecho Comunitario. Derecho comunitario andino. La supranacionalidad frente a la intergubernamentalidad. El derecho comunitario andino en materia migratoria.	38
2.1.1. El proceso integracionista entre los países andinos.	38
2.1.2. El derecho comunitario.	41
2.1.3. Derecho Comunitario Andino.....	43
2.1.4. La supranacionalidad frente a la intergubernamentalidad.....	47
2.1.5. Procesos integracionistas en América Latina.	49
2.1.6. Derecho Comunitario Andino en materia migratoria.....	52
2.2.- El derecho comunitario andino, en materia de migración laboral intracomunitaria, la armonización de la norma como herramienta para la vigencia plena del Derecho Comunitario	54
2.2.1. Inmigración laboral intracomunitaria.....	54

2.2.2. El derecho comunitario andino en materia de migración intracomunitaria.....	59
2.2.3. La atribución de competencias.	59
2.3.- Análisis de las decisiones de la CAN, en los países miembros de la Comunidad Andina en los casos Colombia-Ecuador. Acuerdo Bilateral- Estatuto Migratorio Permanente, entre Colombia y Ecuador.....	68
2.3.1. Decisiones en materia migratoria de la Comunidad Andina.	70
2.3.2. Estatuto Migratorio Permanente, entre Colombia y Ecuador.....	74
CAPÍTULO TERCERO	77
La inmigración del trabajo femenino colombiano en el Ecuador. Sus efectos...	77
3.1.- De las teorías migratorias, a la visibilidad de la mujer	77
3.1.1. La población trabajadora inmigrante en el Ecuador.	88
3.2.-La migración del trabajo femenino desde Colombia a Ecuador. Análisis cualitativo.....	91
3.2.1. Análisis cualitativo de las inmigraciones de colombianas en el Ecuador	92
3.3.- Aproximación a un adecuado tratamiento de la migración laboral femenina, procedente de Colombia a Ecuador.....	107
3.3.1. Normativa comunitaria en materia de migración y acceso al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.	108
3.3.2. Reforma del Acuerdo de Integración Subregional Andino-protocolo modificadorio	111
3.3.3. Estadísticas en materia migratoria	112
3.3.4. Armonización de la norma comunitaria.	113
CONCLUSIONES.....	115
BIBLIOGRAFÍA.....	119

INTRODUCCION:

Este trabajo investigativo tiene por objeto determinar cuál será la protección efectiva por parte del Derecho Comunitario andino derivado, producto de las competencias del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, respecto a las migraciones femeninas, en relación al trabajo femenino proveniente de Colombia al Ecuador.

Colombia representa el mayor porcentaje de casos de emigración al Ecuador, de la misma manera es Colombia quien tiene un porcentaje mayoritario de emigrantes; también es el primer país con mayor porcentaje de mujeres inmigrantes en el Ecuador, configurando así las migraciones dentro de en la Comunidad Andina.

Por lo tanto, son las decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, así como las Resoluciones de la Secretaria General de la Comunidad Andina, las que forman parte del derecho comunitario andino tan sui generis en el sentido, que es dotado de una característica de la que no cuentan los demás procesos integracionistas intergubernamentales, que es la supranacionalidad. Es decir que las decisiones en materia de movilidad laboral, son de preeminencia sobre el derecho nacional, de aplicación inmediata, de efecto directo y de carácter vinculante, entre otros.

En este contexto, la presente investigación pretende comprobar la falta de protección de los derechos fundamentales de las trabajadoras migrantes colombianas. En este sentido, se presenta como primer capítulo un contenido doctrinario, partiendo del derecho a la movilidad humana a migrar; conjuntamente la revisión de varias teorías que indican cuáles son los factores que producen en los que se producía el fenómeno, que concluyen que el fenómeno migratorio es dialéctico, por lo tanto, imposible analizarlos desde un solo patrón; se incorporó el análisis de los distintos instrumentos internacionales tanto universales como subregionales, sobre movilidad humana, que brindan protección al derecho fundamental de la movilidad humana. De esta manera, se sostiene que la incorporación de la norma internacional y subregional a la norma nacional debe ser de cumplimiento perentorio por parte de los Estados.

En el segundo capítulo, se presenta el derecho a migrar en el Derecho Comunitario Andino, en donde se resalta la característica principal de este derecho sui generis, como es la supranacionalidad, que es diferente a los demás proceso integracionistas como el

MERCOSUR y la UNASUR, que son construcciones intergubernamentales, por lo tanto, se propone a la armonización de la norma como herramienta para la vigencia plena de la norma comunitaria, para llegar al cumplimiento de la finalidad los objetivos trazados en el Acuerdo de Integración Subregional Andino que es el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes, y de esta manera al analizar el Derecho Comunitario Andino derivado en materia de migración, se ha podido colegir que este derecho está inconcluso y es insuficiente para la protección eficaz de los derechos de las personas trabajadoras en movilidad.

En el tercer capítulo, se aborda la inmigración laboral de las personas colombianas en Ecuador y se sostiene que, por el porcentaje de inmigración colombiana en el Ecuador y por la especial vulneración que resisten las ciudadanas colombianas, es necesario que el derecho comunitario se enfoque de manera especial en este grupo, superando así, su invisibilización como parte de un derecho comunitario ginepro.

Esta investigación es de carácter dogmático jurídico y utiliza principalmente la técnica documental, no obstante para mejorar su análisis utiliza la técnica cualitativa de las entrevistas para extraer información a trabajadoras migrantes colombianas en el Ecuador, información que ha sido sistematizada y ha servido como sustento junto con el respaldo de la información para plantear las conclusiones y recomendación prevista en el capítulo tres.

Para culminar, se dio respuesta a la pregunta central de la investigación, señalando que, por ahora resulta ineficaz la protección por parte de la Comunidad Andina, en materia de migración laboral femenina, sosteniendo algunas conclusiones como la necesidad de acceso por parte de las mujeres trabajadoras, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, entre otras.

CAPITULO PRIMERO

El derecho internacional en materia migratoria.

Este capítulo comprende un nivel doctrinario en la temática migratoria, partiendo de conceptos, características y sus aspectos fundamentales del derecho a migrar, consta de un breve análisis sobre los distintos instrumentos internacionales así como subregionales en materia de migración, y la importancia de la proyección del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno ecuatoriano.

1.1.- Derecho a migrar. Aspectos fundamentales

“No podemos olvidar tampoco que la historia de la humanidad es la historia de grandes migraciones producto de las luchas de clases.”¹ Miguel Montes.

La migración es un fenómeno que se ha dado desde el principio de la humanidad² hasta la actualidad con el modo de producción capitalista, que tiene como representante económico a la globalización, y que a la vez es el factor productor de migraciones en el mundo.

En Latinoamérica, el fenómeno migratorio ha sido abordado desde enfoques económicos y estructurales, centrado en el sujeto que migra como fuerza de trabajo, por lo tanto restringido y controlado,³ a diferencia de las etapas anteriores de la globalización que se han caracterizado por flujos migratorios permisibles, en el proceso actual, la globalización ha logrado ser excluyente,⁴ una de entre varias características de la globalización⁵ son los movimientos transfronterizos, que hoy alcanzan grados superlativos que generan un mayor control, provocando como resultado la exclusión de

¹Miguel A. Montes, “migraciones, fronteras y capitalismo” <<https://marxismoleninismo.wordpress.com/2013/03/03/capitalismo-y-migraciones/>> última visita 22 de agosto del 2017

² Presentación, Fe y Justicia, 2003

³ María Gardenia Chávez Núñez, “Derechos humanos y políticas migratorias: el caso del flujo migratorio de Ecuador hacia España, 1998-2005” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2006), 20

⁴ Comisión Mundial sobre la dimensión social de la globalización, “globalización: naturaleza e impacto” en por una globalización justa: crear oportunidades para todos, Suiza, OIT, 2004, 28

⁵ La OIT, señala las características fundamentales de la globalización como la liberación del comercio internacional, la expansión de la Inversión Extranjera Directa, y la aparición de flujos financieros masivos transfronterizos y movimientos transfronterizos masivos de personas.

muchas personas en el proceso migratorio, basado en un concepto ya caduco de soberanía, que traza los límites de cada Estado-nación.

En las diferentes etapas de producción de la historia se ha podido observar grandes fenómenos migratorios, tales como: En la Edad Media las invasiones, guerras de conquista y el desplazamiento de poblaciones. En la transición del feudalismo al capitalismo con el desplazamiento de millones de personas que sirvieron para colonizar, sobre todo América, por medio de la invasión y genocidio, y el triángulo del comercio de esclavos. Con la revolución industrial que ha dado lugar al mayor proceso migratorio de toda la historia que todavía perdura. Y el acentuado desarrollo desigual entre países desarrollados y países en desarrollo, éstos dependientes bajo el imperialismo hasta ahora.⁶

La migración es una de las consecuencias del desarrollo capitalista que se activa en las profundas desigualdades de clase que genera este sistema y, a la vez es el resultado de las tensiones entre expulsión y atracción, vinculados a las necesidades de acumulación capitalista,⁷ de las que se irán desarrollando a continuación.

La cuestión de las migraciones pone en paradoja el discurso neoliberal que predica la desregulación, la flexibilidad y la privatización, la libre circulación de bienes, servicios y capitales, sin embargo son otras las reglas cuando se trata de la libre circulación de personas, y así lo sostiene Javier de Lucas cuando dice que existen limitaciones a la movilidad humana⁸ cuando se incentiva la movilidad humana, y por otro lado se cierran fronteras, o cuando no hay una incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en la legislación nacional o el incremento de la clandestinidad por la burocratización de los trámites migratorios.

Douglas sostiene que, la composición de la migración se ha desviado de los Estados receptores tradicionales como Estados Unidos hacia países de América del Sur, como Estados receptores de migrantes. A la vez señala el autor que la temática de

⁶ Miguel A. Montes, “migraciones, fronteras y capitalismo” <<https://marxismoleninismo.wordpress.com/2013/03/03/capitalismo-y-migraciones/>> última visita 22 de agosto del 2017.

⁷ Aragonés Castañer, Ana María; Dunn, Timothy, “Trabajadores indocumentados y nuevos destinos migratorios en la globalización”, (UNAM. Distrito Federal – México, 2005) 46

⁸ Javier de Lucas, “la migración como res política” <www.uv.es/CEFD/10/delucas.pdf> última visita 22 de agosto del 2017.

migración no cuenta con una teoría general, sino más bien que existe una suerte de tipos de migraciones, que buscan explicar este fenómeno⁹ desde su espacio.

Para Gina Benavides citando a Joaquín Arango, nos enseña que la migración es producto de un fenómeno dinámico complejo y diverso, como para que una sola teoría pueda explicarla.¹⁰ Así lo sostiene también Javier de Lucas cuando señala que los nuevos flujos migratorios son flujos globales, complejos e integrales. Globales porque tiene una dimensión planetaria dice el autor y es imposible examinarlo desde un Estado nacional, y me pareció acertada su afirmación cuando dice “la mayor parte de esos desplazamientos se producen entre países limítrofes” como es el caso de Colombia y Ecuador. Es complejo porque no existe un tipo de inmigración, así como tampoco un tipo de inmigrantes y son distintos los tipos de factores que los rodean, y es integral por que incluye las diferentes relaciones sociales, tales como lo laboral, lo económico, o lo político.¹¹

1.1.2. Concepciones sobre la migración.

En este contexto, la migración es el movimiento de la población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo, que abarca todo el movimiento de personas.¹² A la par Amnistía Internacional define al migrante como toda persona que se desplaza de un lugar a otro para vivir y normalmente para trabajar, ya sea temporal o permanentemente, y un migrante trabajador o una migrante trabajadora es toda persona que va a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional,¹³ esto nos hace pensar que hay alguien que paga esa remuneración, es decir un empleador, el que fijará un horario y una cantidad por el trabajo realizado, esto es, bajo relación de dependencia, que deberá cubrir todos los beneficios legales laborales como cualquier trabajador nacional.

De aquí, el nuevo panorama sobre la migración, que ha sido retocada por conceptos humanos, por esto el término migración por su connotación negativa de

⁹ Douglas, Massey, et al., Migraciones y mercados de trabajo, (México, Plaza y Valdez editores, 2000), 436.

¹⁰ Benavidez, Gina, “Condicionantes de género en los procesos de ingreso y permanencia de mujeres colombianas, peruanas y chinas a Ecuador”, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2011) 15

¹¹ Javier de Lucas, “la migración como res política” <www.uv.es/CEFD/10/delucas.pdf>. última visita 22 de agosto del 2017.

¹² Organización Internacional para las migraciones, Glosario sobre Migración, No. 7. (Ginebra, OIM, 2006).

¹³ Amnistía Internacional, Vivir en las sombras. (España: EDAI, 2006), 15

calificar a un ser humano de ilegal, se lo ha dejado de utilizar para usar movilidad humana, el "derecho a la movilidad humana" como tal no está consagrado en ninguna parte. Existe el derecho a migrar, que es lo que se ha posicionado se ha reconocido en la Ley de Migración Argentina y en la Constitución ecuatoriana. El término movilidad humana es una categoría que de hecho, ha surgido desde el campo del trabajo humanitario que han realizado algunas organizaciones no gubernamentales.¹⁴ Este término poco a poco se ha ido incorporando en lo oficial, debido a que permite una integralidad de las diferentes formas de ejercer el derecho a migrar.¹⁵

El término de movilidad humana como categoría ha sido acogido porque permita mirar a todas ellas desde una perspectiva integral y brindar un tratamiento que no sea segmentado, para emigrantes una cosa y para inmigrantes otra, sino que mantenga una coherencia del tratamiento que el Estado brinda. De esta manera, el derecho moderno apela a la vieja distinción de identidad, alegando hoy la identidad de persona humana, ya que esa clasificación de legales e ilegales, asilados e inmigrantes, admitidos y rechazos comienza a perder sentido.¹⁶ Y es en América del Sur, a través de sus procesos integracionistas que se están llevando a cabo procesos más humanos sobre la movilidad humana (migración).

1.1.3. Características del proceso migratorio.

Amparo Micolta, citando a Joaquín Arango, en su publicación sobre migración internacional¹⁷, señala que la migración debe estar caracterizada por la permanencia, ya sea ésta relativamente permanente o con cierta voluntad de permanencia, y añade la autora que el migrante debe desarrollar actividades de la vida cotidiana¹⁸, como trabajar por ejemplo.

Sin embargo, es importante señalar otra característica esencial del fenómeno migratorio como es: la etapa de la decisión, ésta puede ser voluntaria y forzada, en este

¹⁴ Organizaciones principalmente relacionadas con la iglesia.

¹⁵ Emigración, inmigración, migración interna formas forzadas de movilidad como el desplazamiento forzado y el refugio y otras

¹⁶ Jesús Peces, dir. Inmigración y Derecho. Madrid: Consejo General del poder Judicial, 2002-83

¹⁷ Amparo Micolta, "Teorías y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales", Trabajo Social No.7, 19 de octubre del 2005, 60.

¹⁸ Ibidem, 61.

contexto el ámbito económico siempre se encasillará en lo forzoso,¹⁹ cuando la falta de empleo y de bienestar para las personas en el país de origen conducen forzosamente a abandonar su país para buscar mejores condiciones de vida, ¿qué tan voluntario puede ser abandonar su país de nacimiento y con él muchas de las veces a su familia? o quien abandona su país con buenas condiciones de vida para sus ciudadanos?, voluntariamente se abandona el país para hacer turismo o para residir pero no permanentemente en otro país, es decir las personas abandonan su país de origen para mejorar sus condiciones de vida, como por ejemplo buscar mejores plazas de trabajo. Existen varios grados de libre elección y coerción en las decisiones de las personas migrantes en el momento de trasladarse a otro país.²⁰ Esto está reconocido por las Naciones Unidas cuando se señala que el principal factor de expulsión para muchos migrantes es el factor económico, buscando mejores perspectivas socio-económicas, para esto es menester reconocer que algunos migrantes pueden trabajar legalmente, cumpliendo ciertos requisitos del país receptor mientras que otros por su misma condición precaria de salida del país de origen, son calificados como migrantes ilegales, carecen de permiso de trabajo, pasan a formar las filas de los trabajadores informales,²¹ y son considerados como vulnerables, generando abusos, explotación y violaciones a sus derechos humanos como es el derecho a la igualdad, dignidad y al trabajo.

A esta característica se le añade el tema de los recursos para migrar, es decir que posean recursos necesarios y suficientes para hacer posible el proceso migratorio como la obtención de un empleo en el país receptor o tener familiares que con anterioridad migraron al mismo país receptor, haciendo que el aspecto decisorio recaiga sobre este último, y si es lo contrario, es decir si no se poseen los recursos, se entiende que el proceso migratorio no iniciará, o bien iniciado el proceso migratorio, no es posible el retorno al país de origen del migrante.²²

El proceso migratorio es sin duda un fenómeno lleno de características, sin perjuicio de concluir en un factor principal, de la búsqueda de mejores condiciones de vida para el migrante y su familia, por lo tanto el objetivo de cada Estado sería proteger

¹⁹ Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, En pos de morada, 1a. ed. (Quito: Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, 2009), 9.

²⁰ Amnistía Internacional, Vivir en las sombras. (España: EDAI, 2006), 12

²¹ Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los migrantes, (Francia: UNESCO, 2005), 18

²² *Ibidem*, 25

la estabilidad física como como emocional de sus ciudadanos y de las personas que ingresan a los diferentes Estados en calidad de persona inmigrante.

1.1.4. Teorías sobre la migración.

Joaquín Arango expone las principales teorías sobre la migración:

Teorías que suelen ser parciales y limitadas en el sentido de que explican solo una faceta o un aspecto de la migración, y como Arango señala, estas teorías explican las migraciones laborales,²³ y plasmaré las más importantes.

1.- La teoría neoclásica combina la perspectiva de las decisiones individuales del ser humano para aumentar su bienestar, con los determinantes estructurales, como son las diferencias de salario y las condiciones de trabajo entre Estados, las causas para la migración y toma a la migración como un fenómeno individual, para maximizar los ingresos personales.

2.- La teoría del desarrollo económico con oferta ilimitada de trabajo sostenía que los países en desarrollo atraían mano de obra y que esto producían diferencias salariales.²⁴

3.- La teoría de la dependencia sostenía que la evolución del capitalismo había dado origen a un orden internacional compuesto por países industrializados y países de la periferia, y que el avance de los países industrializados dependía de la migración de los ciudadanos y explotación de los segundos.

4.- Nuevos aportes, para el siglo XX, las migraciones internacionales se analizan en una nueva era en materia de movilidad humana, en donde han cambiado los países tradicionales europeos (países de origen) por países como Asia, África y América latina, esto por la demanda de trabajo de personas migrantes, por lo tanto se ha producido un incremento en las políticas restrictivas al ingreso, residencia y permanencia. Por consiguiente existen algunos aportes de conformidad con los nuevos acontecimientos:

a.- Nueva economía de las migraciones laborales, señala que la migración es fruto de elección racional enfatizando a la familia, en ese sentido, los que migran son todo el grupo familiar. Esto es un alcance a la teoría neoclásica.

²³ Joaquín Arango, "La explicación teórica de las migraciones", Migración y desarrollo: red de revistas científicas, de América Latina y el Caribe, España y Portugal, No.001 (2003):24.

b.- Teoría de los mercados de trabajo duales. Se ubica en el lado de los países receptores, y en los factores estructurales determinantes, esta teoría sostiene que la migración se produce por una gran demanda de mano de obra por parte de los países de industria avanzada, que por lo tanto son los trabajadores extranjeros los que realizan esos trabajos, porque los salarios de los países receptores son más altos que los países de origen.

c.- Teoría del sistema mundial. Sostiene que la migración es producto de la dominación del capitalismo

d.- Redes migratorias.- es el conjunto de relaciones interpersonales que vinculan a los inmigrantes ya sea en el país de origen o en el país receptor, facilitando la migración

e.- El análisis de sistemas aplicado a las migraciones. Este se ha propuesto para el estudio comprensivo de las migraciones. Se trata de un vínculo²⁵ entre los Estados.

f.- La causación acumulativa. Señala que las migraciones constituyen un fenómeno auto sostenido y auto perpetuador, y señalan que son los factores socioeconómicos los que inducen la migración.

Al finalizar, Arango señala que las teorías nos ayudan a mejor comprender las causas de las migraciones, ampliando este panorama, Gina Benavides señala que los aportes contemporáneos sobre migraciones ampliaron sus explicaciones, sin incorporar un análisis sobre las mujeres, sino más bien lo incorporaron en el término genérico de migrantes.²⁶

Para este efecto cada país es único y cada flujo migratorio es producido por condiciones específicas en el tiempo y en el espacio.²⁷ Corroborado por Jaime Alberto Gómez en su artículo sobre la migración internacional, sostiene que las teorías sobre la migración internacional están en proceso de formación, agregando que ninguna teoría por si misma puede explicar el fenómeno, ya que se debe recopilar todas para un tratamiento en particular.²⁸

²⁵ Como un vínculo económico entre los países de América el Sur y el caribe, y sus distintos procesos integracionistas, este es el contexto para el análisis de las migraciones.

²⁶ Benavidez, Gina, “Condicionantes de género en los procesos de ingreso y permanencia de mujeres colombianas, peruanas y chinas a Ecuador”,(tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2011),16

²⁷ Saskia, Sassen, “formación de los condicionantes económicos para las migraciones internacionales”, Ecuador debate

²⁸ Jaime Gómez, “ la migración internacional: teorías y enfoques, una mirada actual”, Semestre Económico, 26 de enero del 2010, 83

Sin embargo, en la actualidad, las formas más comunes en materia migratoria a nivel internacional, están determinadas y motivadas por el campo laboral y económico, estos elementos caracterizan las migraciones sur-sur,²⁹ es decir son los bajos salarios, altas tasas de desempleo, subempleo, flexibilización laboral, que generan inestabilidad económica para la población de los países de origen, estas características producen migraciones forzosas con el objetivo de la búsqueda de mejores condiciones de vida y entre esas mejores condiciones de vida, está el obtener un trabajo que garantice estabilidad económica, porque el migrante intenta maximizar sus ingresos, medidos en términos de salarios. Amnistía Internacional señala que la migración se produce entre otros por la extrema pobreza y enfatiza en que este proceso es variado y complejo.³⁰

Por lo tanto, se mantiene la teoría de que el factor económico es un elemento de expulsión. Sin embargo como dice Gardenia Chávez, “el actual flujo migratorio no puede ser abordado fuera de la configuración del nuevo orden mundial caracterizado por la globalización”,³¹ construido en la internacionalización de la economía, es decir el libre mercado, la expansión de la IED y los flujos financieros fronterizos.³² Es en los 90s cuando América Latina se inserta en la globalización pero, cuando esto se produce al margen de las estrategias empresariales y gubernamentales, sino más bien de la sociedad, y es la migración laboral, transnacional y la migración intrarregional.³³ Así lo reconoce la Organización de Naciones Unidas cuando señala que la migración se ha convertido en una característica de la globalización, porque se produce en casi la totalidad de los países ya sea como países de emigración, inmigración, tránsito o incluso los tres a la vez.³⁴

Es en los siglos XX y XXI, que se producen con abundancia las migraciones como un fenómeno masivo y desproporcionado que se desplaza a lo largo y ancho del mundo.³⁵

²⁹ Organización Internacional para las Migraciones, Incorporación laboral de los migrantes. (Santiago: OIM, 2012), 21

³⁰ Amnistía Internacional, Vivir en las sombras. (España: EDAI, 2006), 9

³¹ María Gardenia Chávez Núñez, “Derechos humanos y políticas migratorias: el caso del flujo migratorio de Ecuador hacia España, 1998-2005” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2006), 22

³² Comisión mundial sobre la dimensión social de la Globalización, “Globalización: naturaleza e impacto” en Por una Globalización Justa: Crear oportunidades para todos, (Suiza, OIT, 2004) 27

³³ Juan Pablo Sainz, “Los impactos de la globalización en el mundo laboral centroamericano” en European Review of Latin American and Caribbean Studies; Publicaciones y Revistas sociales y humanísticas, abril 2003.

³⁴ Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los migrantes, (Francia: UNESCO, 2005), 9

³⁵ Aragonés Castañer, Ana María; Dunn, Timothy, “Trabajadores indocumentados y nuevos destinos migratorios en la globalización”, (UNAM. Distrito Federal – México, 2005) 43

El 60% de los inmigrantes están en países desarrollados y el 40% en países en desarrollo³⁶, es decir ese cuarenta por ciento de migrantes se distribuyen en América del Sur,³⁷ cambiando de esta manera los patrones migratorios desde la perspectiva del país receptor como lo fue Estados Unidos, así como la significativa participación de las mujeres en estos procesos migratorios,³⁸ Latinoamérica y el Caribe representa más de 20 millones de migrantes, cifra que equivale al 10% de migrantes internacionales en el mundo. La Organización de Naciones Unidas sostiene que de los 191 millones de migrantes, 62 millones se habían desplazado en dirección sur-norte, y 61 millones optaron por la dirección sur-sur.³⁹

Se van construyendo nuevos patrones como la migración intrarregional⁴⁰ desde la década de los 90s, la presencia de colombianos en Ecuador ha sido fuerte, ya que las migraciones con más frecuencia se las realiza en zonas fronterizas y es importante señalar que organismos como la CEPAL, ya reconocen que la migración intrarregional, tiene una fuerte presencia femenina, además señalan algunas causas económicas para la migración intrarregional, como complementariedad en los mercados de trabajo, entre los países emisores y receptores, la demanda laboral en actividades de servicio.⁴¹Y así lo corrobora Gina Benavides cuando señala que la crisis vivida entre 1997-2000, trajo consigo que el Ecuador se convierta en país receptor de migración, principalmente de Colombia y Perú.⁴²

El desplazamiento o la migración de las personas de un lugar a otro es un hecho consustancial a la humanidad y presupone la libertad de hacerlo.⁴³ A este respecto, Gina Benavides señala que la teoría de los derechos humanos se fundamenta en el reconocimiento de la dignidad de las personas, a quienes se les considera sujetos de

³⁶ Entre estos países en desarrollo esta Colombia y Ecuador, como punto de partida para este trabajo.

³⁷ Organización Internacional del Trabajo, OIT, “Migración Laboral Internacional: Un enfoque basado en los derechos”, (Suiza),

³⁸ CEPAL, “El mapa migratorio de América Latina y el Caribe, las mujeres y el género. Serie 44. (Chile: Naciones Unidas, 2003), 21

³⁹ Nicole Pérez Rúales y Alex Valle Franco, Los derechos en la movilidad humana: del control a la protección. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009-341

⁴⁰ Migración Intrarregional, entendida como aquella que se produce entre los países de una región, por ejemplo la migración producida en Suramérica, o la del Cono Sur.

⁴¹ CEPAL, “El mapa migratorio de América Latina y el Caribe, las mujeres y el género. Serie 44. (Chile: Naciones Unidas, 2003), 27

⁴² Gina Benavides Llerena, “Informe sombra al primer informe del Estado ecuatoriano sobre el cumplimiento de la Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares”, (Ecuador, Coalición para el seguimiento y difusión CTFM, 2007)27

⁴³ María Gardenia Chávez Núñez, “ Derechos humanos y políticas migratorias: el caso del flujo migratorio de Ecuador hacia España, 1998-2005” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2006), 9

derechos, y es ésta consideración como sujeto de derecho que con la dignidad, forman las herramientas básicas para la protección de los derechos de la población migrante, en relación a la nacionalidad y a la condición migratoria, estos conceptos fueron utilizados por el Estado para excluir.⁴⁴

1.1.5. Del derecho a migrar.

El derecho de migrar está reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, DUDH, partiendo de esta premisa, en la migración contemporánea como derecho humano, se reconoce ya su naturaleza humana universal basado en la dignidad e igualdad, la exclusión de los extranjeros como no ciudadanos ha permitido su discriminación, disminución en relación al goce de los derechos para los nacionales, y hasta su penalización para inmigrantes no regularizados⁴⁵, -provocando tensiones con el Estado, el tema de la ciudadanía, la seguridad, esto porque se intentó romper con los abusos de poder por parte del Estado. son los Estados los encargados de establecer derechos desde el marco normativo, pero es necesario partir desde la autocrítica cuando desde El Estado, encargado de la política migratoria están pensados desde su soberanía e intereses que muchas de las veces se confunde con los enunciados de derechos humanos, ya que la función del Estado es regularlos, de tal manera que en el derecho interno no se vean restringidos, regulando el libre tránsito de las personas y la libertad de residencia, derechos sine qua non, para el migrante.⁴⁶

Así, el instrumento internacional principal para la protección del derecho a migrar y los derechos de la población en movilidad es la declaración Universal de los Derechos Humanos, que en el Art 13 establece el derecho de toda persona a circular libremente, elegir su lugar de residencia y salir de cualquier país.⁴⁷ Sin embargo la doctrina sostiene que los Estados han reducido el alcance de este derecho a la emigración, sometiendo a la inmigración a un proceso de control y restricción, basándose en concepciones de

⁴⁴ Gina Benavides Llerena, “Mujeres Inmigrantes en Ecuador”, serie Magister 179.(Quito: Corporación editora nacional, 2015), 23

⁴⁵ Nicole Pérez Ruales y Alex Valle Franco, Los derechos en la movilidad humana: del control a la protección. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009-7

⁴⁶ María Gardenia Chávez Núñez, “Derechos humanos y políticas migratorias: el caso del flujo migratorio de Ecuador hacia España, 1998-2005” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2006), 35

⁴⁷ Declaración Universal de Derechos Humanos, 1945

seguridad, soberanía y protección del mercado laboral,⁴⁸ que solo generan discriminación y una total inobservancia a la declaración universal de derechos humanos.

Dentro de los derechos humanos hay principios jurídicos que se relacionan con la movilidad humana, que son de suma importancia para los migrantes:

En primer lugar, *la libertad de movimiento* es un principio fundamental en el contexto de la migración internacional, el cual se encuentra en la Declaración Universal sobre Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

1. Cualquier persona que se encuentre legalmente dentro del territorio de un Estado deberá, dentro de ese territorio, tener el derecho a la libertad de movimiento y libertad para elegir su lugar de residencia.

2. Cualquier persona será libre de salir de cualquier país, incluyendo el suyo propio.

3. Los derechos antes mencionados no estarán sujetos a ninguna restricción, excepto a aquellas establecidas en las leyes, las necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud pública o la moral, o los derechos y libertades de otros, y que sean consistentes con otros derechos reconocidos en la Convención.

4. Nadie deberá ser privado de manera arbitraria del derecho de entrar a su propio país.

En segundo lugar, el principio de no discriminación, que los tratados internacionales sobre derechos humanos generalmente incluyen cláusula de no discriminación, que señala que los Estados deben garantizar los derechos humanos a todas las personas dentro de su territorio sin hacer distinciones de ningún tipo, incluyendo raza, color, género, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, propiedad, nacimiento, u otros indicadores de estatus.

⁴⁸ Gina Benavides Llerena. “Mujeres Inmigrantes en Ecuador”, serie Magister 179.(Quito: Corporación editora nacional, 2015), 24

1.2. Instrumentos internacionales en materia migratoria, ratificados por Colombia y Ecuador

El derecho internacional regula las relaciones jurídicas entre los Estados, el concepto de derecho internacional se ha ampliado para incluir las relaciones entre los Estados, las organizaciones internacionales y los individuos, éstos como sujetos de derecho internacional.

Y esta relación entre Estados se ve encaminada por el derecho de los tratados, bajo principios y obligaciones después de haber firmado y ratificado un tratado, bajo la regla general de *Pacta Sun Servanda*, que es de cumplimiento obligatorio, la seguridad de las relaciones internacionales se vería en peligro si se dejara a la voluntad de las partes el cumplimiento de los tratados⁴⁹, este cumplimiento obligatorio lo encontramos previsto en la Convención de Viena de 1969, en el Art 26, que señala “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellos de buena fe”, lo encontramos consagrado en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas⁵⁰, y el párrafo 2 del artículo 2 que dice: “sus miembros cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con dicha carta”, es decir, de cumplimiento obligatorio, tiene carácter erga omnes y de interés o garantía general para los Estados que han firmado libremente el tratado, pues como lo dice el Artículo 53 de la Convención de Viena “es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estado”.⁵¹

Por lo tanto, según la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, el tratado es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular⁵²”, me pareció muy acertado el concepto de Jiménez de Aréchaga, quien señala que un tratado internacional es “toda concordancia de voluntades entre dos o más sujetos del Derecho Internacional, destinada a producir efectos jurídicos; es decir, a crear, modificar o extinguir un derecho⁵³, ya que involucra a los nuevos sujetos del derecho internacional como las personas. Los tratados, a diferencia de otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las

⁴⁹Modesto Seara, “Derecho Internacional Público”, (México, editorial Porrúa, 2005), 71

⁵⁰ Carta de Naciones Unidas. (1945)

⁵¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (1969).

⁵² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 1), 23 de mayo de 1969.

⁵³ Jiménez de Aréchaga, E. *Curso de derecho internacional público*, Montevideo, 1959. p. 98.

declaraciones y las resoluciones internacionales, son de carácter vinculante, es decir que jurídicamente son instrumentos obligatorios para los Estados partes.

Es que los Estados, con el ánimo de mejorar sus relaciones, van ampliando materias para mejor actuar dentro de la Comunidad de Naciones, de esta manera para proteger a sus ciudadanos, fuimos representados bien o mal por la Organización de Naciones Unidas, y es así que el derecho internacional se ha ido encaminando en materia de migración.

Por lo tanto, los tratados internacionales de derechos humanos se diferencian de los demás tratados internacionales, ya que estos otros buscan el beneficio de los Estados partes, en cambio los tratados internacionales de derechos humanos buscan la protección internacional de estos derechos y de las libertades fundamentales⁵⁴ de las personas.

Históricamente, la migración solo era regulada a nivel nacional, como único derecho importante para proteger el derecho a migrar y para precautelar los derechos de los migrantes, sin embargo, el fenómeno de la migración, concierne a varios ámbitos del derecho internacional y su principal fuente es el derecho de los derechos humanos.⁵⁵

Con el incremento en la movilidad humana internacional, los Estados se han comenzado a dar cuenta de que la migración ya no es algo que puedan gestionar por sí solos, han reconocido la necesidad de la cooperación regional e internacional sobre el tema, en el marco multilateral de la Organización Internacional de Trabajo, y diferentes mecanismo onusianos, de protección de derechos de las personas migrantes. Las normas internacionales han venido incrementándose, conforme los Estados trabajan juntos en un esfuerzo por gestionar la migración. Por lo tanto existe normativa internacional considerada como fuente en materia migratoria, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias.⁵⁶

El derecho migratorio internacional es una rama del derecho que se ha desarrollado durante el tiempo y continúa desarrollándose conforme continúa la necesidad de la cooperación internacional, es decir que los Estados bajo la premisa de su soberanía, están dándose cuenta de que en materia de migración, un Estado que regula el

⁵⁴ Meléndez, Florentín, “Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado”, 8ª.ed, (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012), 34

⁵⁵ Amnistía Internacional, Vivir en las sombras. (España: EDAI, 2006), 34

⁵⁶ Ibidem,34

ingreso, permanencia y remoción sobre su territorio, no dependerá de la labor un solo Estado, sino que dependerá de la gestión y cooperación con los otros Estados, para que con este fin se protejan los derechos humanos. La teoría de los derechos humanos ha señalado que aunque los Estados son soberanos para establecer normativa en materia migratoria, ésta no debe violar las obligaciones de los derechos humanos asumidas por vía de la ratificación de los tratados.⁵⁷

De esta manera, los Estados tienen responsabilidades internacionales⁵⁸ que limitan su autoridad sobre el derecho a la migración, bajo la normativa del derecho internacional, incluyendo los tratados a escala bilateral, regional o internacional, esto significa que un Estado no puede basarse en una disposición de su legislación nacional para evitar una responsabilidad bajo el derecho internacional.⁵⁹

Ahora bien, existe un número de normas y áreas de preocupación que limitan la autoridad de los Estados en asuntos de derechos humanos en materia de migración, como la no discriminación, la libertad de movimiento, y otras áreas reguladas por los acuerdos internacionales, como la migración laboral.

Existe también un gran número de instrumentos bilaterales entre países emisores y receptores que regulan esta área, esto pasa dentro de la Comunidad Andina, y hay varias decisiones sobre esta materia.

1.2.1. Ratificación de los tratados.

Los Estados, al ratificar y adherirse a los tratados y convenios que conforman un sistema general de derechos humanos e incorporarlo a las distintas constituciones, han vuelto a este instrumento eficaz, como lo hace la Constitución del Ecuador por ejemplo, sin embargo, en la práctica no es suficiente, estos postulados jurídicos resultan ineficientes en la efectividad de los derechos proclamados por esta carta internacional.⁶⁰

⁵⁷ Gina Benavides Llerena. “Mujeres Inmigrantes en Ecuador”, serie Magister 179. (Quito: Corporación editora nacional, 2015), 24

⁵⁸ Estas responsabilidades sobre la migración lo encontramos en el derecho migratorio internacional.

⁵⁹ Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.(1969)

⁶⁰ Coalición por las migraciones y el refugio, informe sobre movilidad humana Ecuador 2011, (Quito, Efecto estudio creativo, 2012) 1

Ecuador ha constitucionalizado la expresa incorporación de esta declaración en el Art. 424 que señala que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, prevalecerán por sobre cualquier otra norma.⁶¹

Una vez recordado el surgimiento de los Derechos Humanos, si bien existe una gran cantidad de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, el instrumento más importante o cúspide es la declaración Universal de Derechos Humanos, es este que se le considera como central para la protección del derecho a migrar, sin embargo, señala Gina Benavides, que en la práctica los Estados han reducido a la Declaración Universal de Derechos Humanos al reconocimiento del derecho a la emigración es decir al derecho de salir del país de origen⁶², otorgándole al derecho de inmigración, trámites burocráticos que solo generan violaciones a los derechos humanos, por lo tanto existen instrumentos internacionales en materia de migración que centran su aplicabilidad y protección a la población migrante.

1.2.1. Principales instrumentos internacionales en materia de migración

La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En su Art. 1, encontramos el reconocimiento de la igualdad de las personas en derechos, dignidad y libertad inherentes, Art 2 sin discriminación, de su origen nacional, de esta manera todos los derechos tienen plena aplicación en materia migratoria, El art. 13 del mismo cuerpo legal reconoce el «...*derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado y a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país*»,⁶³ existe un reconocimiento expreso a la movilidad humana como el derecho a migrar más allá del país de origen.⁶⁴

En materia migratoria esta declaración reconoce el derecho humano al trabajo, a la libre elección del trabajo y a que se efectúe en condiciones equitativas y con una

⁶¹ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. IX, Supremacía de la Constitución, cap. primero, “principios”, Art 424 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.): 189.

⁶² Gina Benavides Llerena. “Mujeres Inmigrantes en Ecuador”, serie Magister 179.(Quito: Corporación editora nacional, 2015), 24

⁶³ Declaración Universal de Derechos Humanos, 1945

⁶⁴ María Gardenia Chávez Núñez, “Derechos humanos y políticas migratorias: el caso del flujo migratorio de Ecuador hacia España, 1998-2005” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2006), 53

remuneración satisfactoria, así lo manda el Art. 23.⁶⁵ Esta declaración es parte del Sistema Internacional de Derechos Humanos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP.

Este instrumento internacional, hace viable la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en lo correspondiente a los derechos civiles y políticos, estableciendo un vínculo entre los estados firmantes. Así, en el Art 2 numeral 1 señala la obligatoriedad de los Estados a «...*respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción*⁶⁶, por lo tanto el migrante primero para ser parte de una jurisdicción, deberá cumplir los requisitos burocráticos establecidos por cada Estado para acceder a sus derechos, dejando en indefensión al migrante si no puede cumplir los requisitos.

Así mismo el Art 12 del PIDCP, “1. Toda persona que **se halle legalmente en el territorio** de un **Estado tendrá derecho**⁶⁷ a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.”⁶⁸, por lo tanto condicionando la libre circulación de las personas por su estatus migratorio, en legales e ilegales, pero esta distinción la hace el Estado receptor de la migración y no la persona migrante, para este efecto es muy acertado el análisis de Gardenia Chaves al comentar sobre el Art. 12 antes mencionado, cuando señala: “cuando se trata de llegada de personas de otro Estado, no del propio, se establecen, requisitos legales que califican y se superponen a la condición de persona misma; no así, cuando su direccionalidad es de salida, si la circulación no es completamente libre, tampoco lo es la elección de la residencia.”⁶⁹

El Art 13 del PIDCP manteniendo la condición de ilegal de la persona en movilidad y manteniendo el estatus quo del “derecho del Estado”⁷⁰ de expulsar a las personas que se encuentren “ilegales”, por lo tanto el reconocimiento de la personalidad jurídica señalada en el Art. 6 de la declaración, hace inviable el derecho de migrar, por lo

⁶⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, 1945

⁶⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1976)

⁶⁷ La negrita me pertenece.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ María Gardenia Chávez Núñez, “Derechos humanos y políticas migratorias: el caso del flujo migratorio de Ecuador hacia España, 1998-2005” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2006), 56

⁷⁰ Se sigue manteniendo como derecho, a la decisión del Estado en permitir el ingreso de algunas personas y de otras no, o en su defecto de mantener el estatus migratorio de un apersona que no ha podido cumplir con requisitos para ser legal, y todo esto bajo la premisa de la soberanía política del Estado receptor.

antes mencionado solo podemos señalar la disparidad del pacto con la declaración, básicamente en los derechos fundamentales, recogidos y protegidos en la historia.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC.

Este instrumento orientado a la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales de la declaración, para estos derechos se retoma el principio de la no discriminación, así como el cumplimiento para las personas no nacionales de conformidad con la economía nacional, esto para los países en desarrollo como Ecuador y Colombia, también reconoce el Art 6 y 7 del PIDESC, el derecho de toda persona a trabajar y a los beneficios legales, es importante señalar que en el Art. 2 “ los Estados Partes en el presente PIDESC se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, **origen nacional**⁷¹ o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”⁷², hace expreso alcance a las personas migrantes, sin embargo Gardenia Chávez señala “En este instrumento, no existen referencias específicas a personas en condiciones migratorias. Se crea, por tanto un vacío para las demandas de cumplimiento de los derechos en aspectos vitales, como el derecho al trabajo, entre otros.”⁷³

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Esta convención está orientada a la prevención, sanción y eliminación de prácticas de tortura, tratos cueles, inhumanos y degradantes,⁷⁴ que se dieren de cualquier forma como arresto, detención o prisión, su aplicación incluye a los centros de detención a migrantes en cualquier modalidad en que se implementen, y más aplicado a los migrantes con situación migratoria irregular.⁷⁵

⁷¹ La negrita me pertenece.

⁷² Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1976)

⁷³ María Gardenia Chávez Núñez, “ Derechos humanos y políticas migratorias: el caso del flujo migratorio de Ecuador hacia España, 1998-2005” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2006), 57

⁷⁴ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984).

⁷⁵ Gardenia, Chávez, “Derechos humanos y políticas migratorias: el caso del flujo migratorio de Ecuador hacia España, 1998-2005, 58.

La convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial

Este convenio nos brinda el significado de discriminación racial dándole un alcance en términos del “origen nacional”, así como nos brinda su significado, luego señala en el Art. 1 numeral 2, que este alcance no incluye a la distinción que los Estados hagan entre los ciudadanos y los no ciudadanos, y sobre ciudadanía, nacionalidad y naturalización, esto siempre que no constituya discriminación, si partimos de que esta convención contiene normativa que prohíbe cualquier tipo de discriminación, se incluye también la libertad de circulación sin discriminación alguna al establecimiento de la residencia y a la salida de cualquier país, sin embargo regreso al tema de la ciudadanía cuando se señala que la ciudadanía está referida al Estado y a su territorialidad, crea una tergiversación en cuanto a la protección de los inmigrantes, respecto a los nacionales del país receptor, en cuanto a la condición de ciudadano como tal, pues la causal de no ser ciudadano es motivo de discriminación.⁷⁶

La convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación a la mujer, CEDAW

Esta convención pretende eliminar las situaciones de discriminación basadas en el sexo, que afecta a la mujer en el ejercicio pleno de sus derechos, se fundamenta en el principio de igualdad en derechos entre el varón y la mujer, en materia migratoria el Art 15 numeral 4 señala que “Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio”⁷⁷.

La convención internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares.

El Ecuador ratificó la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, que entró en vigor el 1° de julio de 2003, tras haber sido ratificada por un mínimo de 20 países en marzo de 2003,

⁷⁶ Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. (1969)

⁷⁷ Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación a la mujer.(1979)

la finalidad de la convención, es proteger a todos los trabajadores migratorios y sus familiares, promueve la promoción de los derechos de los migrantes en cada país, basados en que los migrantes no son solo trabajadores son seres humanos,⁷⁸ y busca asegurar que los derechos humanos sean aplicados apropiadamente a los trabajadores migratorios.

Es importante señalar que la adopción de esta convención por la asamblea de la Organización de Naciones, no supone en sí misma un compromiso obligatorio para Estados individuales, estos se comprometen una vez han ratificado la convención. Y por lo tanto la ratificación de la Convención por parte de un Estado significa que la rama legislativa o creadora de leyes del gobierno de dicho Estado adopta la Convención y se compromete a incorporarla en sus propias leyes nacionales.

La convención para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, (CPDTMF) no crea nuevos derechos para los migrantes, lo que hace es garantizar el trato igualitario y las mismas condiciones laborales, es ésta especificidad la que aparece en el campo internacional, por lo tanto encontramos en su contenido algunos artículos como el Art. 10 y 11 que prohíbe los tratos inhumanos, abuso físico y sexual, el Art.14 en proteger su honor y su buen nombre, Art. 33 y ss., garantiza el acceso a la información sobre sus derechos, Art. 16, 20, 22, garantizar el derecho a la igualdad, lo que implica que los migrantes puedan acceder a un debido proceso y que no sean sentenciados con la expulsión del país receptor, Arts. 26 y ss., garantizan la participación en los sindicatos, Art 40-42 del CPDTMF participar en la política del país de origen. Sin embargo en el Art 5 señalan que si no cumplen los requisitos señalados en el literal a que es: “Serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”, son considerados indocumentados, siguiendo la discriminación por no cumplir con formalidades, estoy segura que no es posible seguir sacrificando la justicia en poder movilizarse por cualquiera país, por la omisión de formalidades.

Lo paradójico es que los países con más altos niveles de inmigración no han ratificado este convenio, y es precisamente porque los países desarrollados han vivido de

⁷⁸ Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los migrantes, (Francia: UNESCO, 2005), 7

la flexibilización laboral de sus nacionales como de los migrantes a los cuales no se les protegía por ningún convenio en especial.

1.2.2. Ratificación de los instrumentos internacionales por Colombia y Ecuador.

De todos los instrumentos internacionales en materia de migración antes mencionados brevemente, tanto Colombia como Ecuador los han ratificado, claro con sus declaraciones y reservas.

En el caso colombiano con la convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación a la mujer, CEDAW, que ha declarado que en ningún sentido Colombia despenalizará los delitos contra la vida o la integridad personal y con la reserva en la convención internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, que básicamente son reservas en materia de comercio exterior.

El Ecuador con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que declara el reconocimiento del comité de derechos humanos, en la convención internacional para la eliminación de la discriminación racial, declarando que reconoce la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, y con una reserva en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que señala que el Ecuador no permite la extradición de sus nacionales.

En este contexto, resulta interesante mencionar brevemente, la Carta andina para la promoción y protección de los derechos humanos, del 23 de julio del 2002, que en el Art 51, inciso 6 establece que los países miembros prestaran atención conjunta para promover y proteger los derechos de los migrantes y sus familias ante otros países o grupos de países, Carta que va en la misma línea del Acta de Lima, suscrita en la reunión Ordinaria del Consejo Presidencial Andino en el 2000, sostenían que los países andinos debían aunar esfuerzos para proteger a sus ciudadanos andinos que se encuentra en el exterior, en las situaciones que se encuentren vulnerados sus derechos humanos, así como combatir todas las agresiones de racismo o xenofobia que puedan resistir los ciudadanos de los distintos países miembros de la Comunidad Andina.

1.3. Proyección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia migratoria sobre el derecho interno ecuatoriano

Según el derecho internacional clásico, los Estados tienen la obligación de ajustar su normativa nacional para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, esto es de obligatorio cumplimiento para todos los Estados miembros de las organizaciones internacionales y acatadas de buena fe, por los Estados, conforme a los principios del derecho internacional.

Hasta antes de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1961, no había una disposición expresa sobre la primacía de los tratados internacionales sobre la ley interna. La Convención señala en el Art. 27 que ningún Estado podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado internacional,⁷⁹ y así lo corrobora la Organización de Naciones Unidas en la observación General número 31, cuando nos orienta, que no podrá alegar a su favor la soberanía para justificar actos ilícitos. Sin embargo, los Estados tienen el derecho soberano de hacer valer su autoridad dentro de sus fronteras⁸⁰, es decir ejercen jurisdicción exclusiva sobre sus territorios, pero ya no desde el punto de vista de la soberanía absoluta, esto significa que el poder soberano no es ilimitado, los Estados tienen la obligación de respetar las obligaciones jurídicas internacionales contraídas voluntariamente, incluida la protección de los derechos humanos de las personas migrantes, para Carbonell la discusión de si un Estado tiene derecho a establecer que persona entra, sale, se queda o trabaja ya carece de valor.⁸¹

A pesar de que los gobiernos se mantienen en que la temática migratoria es asunto interno bajo el principio de la soberanía, y bajo los temores infundados de la seguridad nacional, los Estados consientes de este fenómeno creciente, como es la movilidad humana, se ven en la necesidad de participar en procesos bilaterales, regionales o internacionales para proteger y gestionar de buena fe, el fenómeno de la migración.

⁷⁹ Convención de Viena sobre los Tratados.(1969)

⁸⁰ Amnistía Internacional, Vivir en las sombras. (España: EDAI, 2006), 29

⁸¹ Nicole Pérez Ruales y Alex Valle Franco, Los derechos en la movilidad humana: del control a la protección. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009-100

Los Estados miembros de la Comunidad Internacional tienen la obligación de incorporar los derechos humanos en su legislación interna⁸², esto bajo la condición de la jurisdicción territorial, sin discriminación.⁸³

Los tratados a través del carácter vinculante, obligan a los Estados a tomar decisiones efectivas para proteger los derechos humanos, entre tales medidas se pueden mencionar: el deber de adecuación legislativa, es decir, el deber que tienen los Estados de equiparar o ajustar su derecho interno conforme el derecho internacional, pero cuando se señala que se ajustará la norma interna es sobre todo a la normativa constitucional para que con esto se logre el fin anhelado por la humanidad, es decir se aplique la norma más favorable al individuo y se garantice en lo máximo posible la protección judicial efectiva de los derechos y garantías nacional e internacionalmente reconocidos y, es precisamente a la norma constitucional porque solo con la incorporación del derecho internacional de derechos humanos al derecho interno del Estado miembro, gozará de aplicación cuando se suscribe y se ratifica la norma de origen internacional por el Estado, pero eso dependerá de cada Constitución y su procedimiento para hacer efectiva la obligatoriedad contraída con la ratificación del pacto respectivo que, por lo general, dependerá del ejecutivo, la suscripción, pero la incorporación a la legislación nacional será objeto de aprobación de la asamblea, y luego es ratificado formalmente por el poder ejecutivo; y al final su vigencia conforme a una expresa disposición de control previo de constitucionalidad.⁸⁴

En el Ecuador, la incorporación de las normas internacionales a la normativa nacional procede así: Constitución Política del Ecuador, Art. 418: “A la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales.

La Presidenta o Presidente de la República informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido.

⁸² María Gardenia Chávez Núñez, “Derechos humanos y políticas migratorias: el caso del flujo migratorio de Ecuador hacia España, 1998-2005” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2006), 32

⁸³ Gina Benavides Llerena. “Mujeres Inmigrantes en Ecuador”, serie Magister 179.(Quito: Corporación editora nacional, 2015), 23

⁸⁴ Luis, Pásara, “El uso de instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia”, 1 Ed,(Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008) 32

Un tratado sólo podrá ser ratificado, para su posterior canje o depósito, diez días después de que la Asamblea haya sido notificada sobre el mismo.⁸⁵

Las constituciones del mundo les brindan diferentes categorías a los tratados internacionales sobre derechos humanos, algunas son supraconstitucionales, otros les brindan la misma categoría que tiene la Constitución, y otros una categoría inferior infraconstitucional, pero por lo general existe la supremacía de la norma internacional de derechos humanos sobre las Constituciones, como es el caso de Guatemala, Colombia, Venezuela, Ecuador.⁸⁶

La incorporación ha sido materia de disposición constitucional expresa en la mayoría de los países de América Latina. Por esta vía, la pretensión dualista ha quedado descartada, pero esto no quiere decir que sea viable la teoría monista, para este efecto explica el profesor Alberto Zelada que ni la concepción dualista ni la monista han servido para dar solución al problema planteado sobre la adaptación del derecho interno al derecho internacional, sin embargo nos dice que la solución en la jerarquía de la norma que le brinda cada estado, sin perjuicio de poder alegar a su favor de su derecho interno como justificación de su incumplimiento.

Para finalizar concluye Alberto Zelada señalando que ni el derecho ni la jurisprudencia internacional fijan reglas o se pronuncian sobre las condiciones de aplicación de las normas internacionales, ni sobre el procedimiento de la adaptación del derecho nacional al derecho internacional, esto corresponderá a los ordenamientos estatales.

A palabras de Alberto Zelada, citando a Benedetto Conforti, “la observancia del Derecho Internacional por parte de un Estado se halla confiada, en primer lugar, a los agentes jurídicos y, en especial, a los órganos estatales de dicho Estado”. Por esta circunstancia la aplicación de las normas internacionales pasa por las disposiciones mediante las cuales “se procede a adaptar el Derecho Interno al derecho Internacional”, y muy acertadamente señala la observancia del derecho internacional en los Estados

⁸⁵ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. VIII, Relaciones Internacionales, cap. segundo, “Tratados e Instrumentos Internacionales”, Art 418 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.): 185.

⁸⁶ Meléndez, Florentín, “Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado”, 8ª.ed, (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012), 34

nacionales, o Estados miembros, está en función de las condiciones de adaptación de estos ordenamientos internos al orden jurídico internacional.⁸⁷

En el Ecuador, distintas disposiciones constitucionales equiparan la fuerza normativa de éstas con aquéllas de los derechos provenientes de los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Ecuador.

Así, el Art. 3 señala como el primero de los “deberes primordiales del Estado”: “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”⁸⁸.

Asimismo, el Art. 10 declara que “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.⁸⁹

De este modo el Art. 425 establece el “orden jerárquico de aplicación de las normas” y lista, primero, a la Constitución, luego a los tratados y convenios internacionales, y en seguida a las leyes orgánicas y las leyes ordinarias⁹⁰. Sin embargo, esta jerarquía reconoce una excepción a favor de los tratados de derechos humanos, y así lo reconoce el Art. 424: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”⁹¹.

El Art. 11 dispone que: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte” y, más adelante, se precisa: “Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o

⁸⁷ OMC: Nuevas aproximaciones a la cuestión de la adaptación del derecho interno al Derecho Internacional. En Martínez Molina, Dunia (Editora), “Derecho Económico Internacional”, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar – Corporación Editora Nacional, 2006.

⁸⁸ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. I, Elementos Constitutivos del Estado, cap. primero, “Principios fundamentales”, Art 3 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.): 16.

⁸⁹ *Ibíd.*, 21.

⁹⁰ *Ibíd.*, 189.

⁹¹ *Ibíd.*, 189.

desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.”⁹²

Los tratados de Derechos Humanos son generales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas o la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA, en estos se reconocen principios jurídicos internacionales y un amplio catálogo de derechos relacionados directamente con la labor judicial, además se reconocen derechos individuales, libertades públicas o libertades democráticas y garantías del debido proceso; y son tratados internacionales de derechos humanos específicos⁹³ como Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, y para promoción, protección, supervisión y control de esta convención está el Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias.⁹⁴

La protección efectiva de los derechos humanos es nada menos que una condición necesaria para la construcción y el cuidado del Estado democrático de Derecho, social y ambientalmente sustentable. El bienestar de la persona humana es el punto de partida y el fin último de los catálogos de derechos fundamentales contenidos en las Constituciones nacionales y de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

El Ecuador, en el marco de la Constitución del 2008, ha plasmado en este cuerpo normativo los compromisos contraídos con el derecho internacional de los derechos humanos, considerándose como país de América del Sur, pionero en la protección normativa para los migrantes, es un referente en el reconocimiento de principios y de derechos humanos, que no tiene ninguna Constitución del mundo, incorporó cambios profundos en el tema de la movilidad humana, con principios como, el ejercicio de la ciudadanía universal, no hay seres humanos ilegales, la libre movilidad de todos los habitantes del planeta, la desaparición del termino extranjero, el rechazo al racismo, xenofobia, y todas las formas de discriminación, pero sobre todo el respeto de los derechos humanos,⁹⁵ de donde se levantan derechos como el señalado en el Art 9 de la

⁹² Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. II, Derechos, cap. primero, “Principio de aplicación de los derechos”, Art 10 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.): 21.

⁹³ Son específicos porque se reconoce un derecho en especial, desarrollando ampliamente su protección.

⁹⁴ Instrumentos internacionales de Derechos humanos, <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>. > última visita 20 de julio del 2016.

⁹⁵ Gina Benavides Llerena. “Mujeres Inmigrantes en Ecuador”, serie Magister 179.(Quito: Corporación editora nacional, 2015), 23

Constitución del Ecuador que señala que “las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas”, el Art. 40 reconoce el derecho a migrar, no se le considerara a ningún ser humano ilegal, el Art. 11 señala que nadie podrá ser discriminado por su...condición migratoria, el Art. 84 señala que todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar las leyes a los derechos previstos en la Constitución de 2008 y a los tratados internacionales esto para garantizar la dignidad del ser humano, la libertad de tránsito y residencia señalados en el Art 66 numeral 14, se protegerá en relación a la explotación según el Art 66 numeral 3 literal b y 29 literal b, sin embargo esta perspectiva constitucional de derechos se encuentra inobservada, y en conflicto con la perspectiva de la seguridad del Estado que prevalecen en las leyes de migración y extranjería de 1971,⁹⁶ “el tratamiento constitucional de los derechos, pese a estos avances, no logra mantener niveles efectivos de coherencia con los principios garantistas”⁹⁷, ya que el Ecuador al ser un Estado constitucional de derechos, todas las decisiones de las autoridades públicas deben sujetarse a la norma fundamental que contempla los derechos constitucionales, éstas decisiones de las autoridades nacionales deben incluir también el reconocimiento de instrumentos internacionales.

El Art. 416 de la Constitución del Ecuador, señala que los principios del derecho internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, y propugna el principio de ciudadanía universal, y la libre movilidad de todos los habitantes del planeta, en el numeral 7 del mismo artículo, se exige el respeto a los derechos humanos en particular de los migrantes; el Art. 417 del mismo cuerpo legal, señala que los tratados internacionales ratificados por el Ecuador, se aplicará el principio pro ser humano, no restricción de derechos, la aplicabilidad directa y de cláusula abierta; el Art. 423 al indicar el tema de la integración latinoamericana, el Ecuador propiciará la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña, y la libre circulación.

⁹⁶ Ministerio de Relaciones Exteriores, Agenda nacional por la igualdad,(Ecuador: Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, 2014), 27

⁹⁷ Gina Benavides Llerena. “ Mujeres Inmigrantes en Ecuador”, serie Magister 179.(Quito: Corporación editora nacional, 2015), 28

El Ecuador, reconoce el derecho a migrar,⁹⁸ al igual que se reconoce la libre movilidad de todos los habitantes del planeta.⁹⁹

Bajo el reconocimiento constitucional del derecho a migrar, el Ecuador logró una reivindicación necesaria para América del Sur y el mundo en materia migratoria, la Constitución dimensiona de manera relevante en el ordenamiento jurídico a los tratados internacionales ya que todas las autoridades tienen la obligación no sólo de conocer los derechos humanos, sino de protegerlos y garantizarlos, sin embargo el Ecuador como país receptor de flujos de personas de otro origen nacional, mayoritariamente provenientes de países vecinos, ve en peligro ese reconocimiento constitucional, en cuanto al real acceso a la libre movilidad, violentando de esta manera la declaratoria de el no establecimiento de la categoría de persona extranjera.¹⁰⁰

1.3.1. Colombia, como país de origen de ciudadanos emigrantes.

Si reconocemos que el Ecuador es el primer país en América del Sur que trata la migración como un derecho, reconociendo la libre movilidad y, por lo tanto, eliminando esa distinción entre legal e ilegal, y si reconocemos también que Colombia es el país que ocupa el primer lugar como país de procedencia, con 421.342 correspondiente a un 27,06% de población colombiana que entra al Ecuador, y el Perú con 306.367 correspondiente a un 19,58% de población peruana que entra al Ecuador.

De esta manera, las estadísticas demuestran que en el Ecuador existían en el 2014, 198.228 colombianos y 169.851 colombianas, a diferencia del país vecino el Perú que tiene 102.524 peruanos y 72.881 peruanas.¹⁰¹

Por lo tanto, el Ecuador se ha convertido en país receptor de migración, y no está muy lejana la afirmación de que efectivamente es la política migratoria la que favorece y atrae a las personas en movilidad, pero es realmente tan cierto que las personas que ingresan al Ecuador gozan de los mismos derechos?, o tal vez será cierto que pueden

⁹⁸ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. II, Derechos, cap. tercero, “Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria”, Art 40 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.): 32.

⁹⁹ Ernesto Pazmiño, “los seres humanos no somos ilegales”, defensa y justicia, (Quito), No. 10, junio del 2014. 4

¹⁰⁰ Coalición por las migraciones y el refugio, informe sobre movilidad humana Ecuador 2011, (Quito, Efecto estudio creativo, 2012) 3

¹⁰¹ Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos INEC, Anuario de entradas y salidas internacionales 2014, (Quito: Dirección de Estadísticas sociodemográficas, 2014).

ingresar al Ecuador sin restricciones?, para muestra un botón; el caso de los cubanos deportados en Ecuador, por su estatus migratorio ilegal.¹⁰²

El Ecuador ratificó la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, y entró en vigor el 1° de julio de 2003, tras haber sido ratificada por un mínimo de 20 países en marzo de 2003, la finalidad de la convención, es proteger a todos los trabajadores migratorios y sus familiares, promueve la promoción de los derechos de los migrantes en cada país, basados en que los migrantes no son solo trabajadores son seres humanos,¹⁰³ y busca asegurar que los derechos humanos sean aplicados apropiadamente a los trabajadores migratorios.

Es importante señalar que la adopción de esta convención por la asamblea de la Organización de Naciones Unidas, no supone en sí misma un compromiso obligatorio para Estados individuales, estos se comprometen una vez que han ratificado la convención. Y por lo tanto, la ratificación de la Convención por parte de un Estado significa que la rama legislativa o creadora de leyes del gobierno de dicho Estado adopta la Convención y se compromete a incorporarla en sus propias leyes nacionales.

Este capítulo trata sobre la incorporación internacional como subregional en materia migratoria a la norma nacional en cada Estado miembro de la Comunidad Andina CAN, siendo de cumplimiento urgente, para con este fin poder hacer viable el derecho a la movilidad humana dentro de la Comunidad Andina.

¹⁰² Véase también, cronología < <http://gkillcity.com/articulos/el-mirador-politico/javier-arcentales-proceso-ilegal-donde-se-lo-vea>>, última visita 26 de julio del 2016.

¹⁰³ Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los migrantes, (Francia: UNESCO, 2005), 7

CAPITULO SEGUNDO.

Derecho comunitario andino en materia de migración laboral

En este capítulo, se analiza el derecho a migrar en la subregión andina, en donde se resalta la estructura jurídica de la CAN y su competencia como organismo comunitario para proteger a las inmigrantes colombianas en el Ecuador, centrando la atención en las características del derecho comunitario, que son la de cumplimiento obligatorio, aplicación inmediata, efecto directo, y preeminencia sobre el derecho nacional.

2.1. El Derecho Comunitario. Derecho comunitario andino. La supranacionalidad frente a la intergubernamentalidad. El derecho comunitario andino en materia migratoria.

Para poder analizar el derecho comunitario, es muy importante señalar a breves rasgos lo que es el proceso de integración entre los países andinos.

2.1.1. El proceso integracionista entre los países andinos.

“El Estado ha tenido que abrirse, por fuerza, a la cooperación y, a la vez, a la competencia internacional, haciéndose parte de uno u otro sistema económico o político”.¹⁰⁴

Resulta interesante indicar brevemente los acontecimientos del proceso integracionista europeo, ya que no es desconocido que la Comunidad Andina se estructura observando cómo se ha formado la hoy denominada Unión Europea. De esta manera, al finalizar la segunda guerra mundial los estados europeos descubren que el modelo de cooperación¹⁰⁵ resulta insuficiente surgiendo una nueva forma de relación entre los

¹⁰⁴ SÁCHICA. Luis Carlos, “Introducción al Derecho Comunitario Andino” (Colombia: Editorial Temis, 1990). 3

¹⁰⁵ Principio clásico de cooperación entre los estados, base del derecho internacional general.

estados, que será en la actualidad la Unión Europea por lo tanto, el derecho comunitario europeo constituido por el derecho comunitario primario u originario está compuesto por tres importantes tratados europeos: el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero CECA en 1951; el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica CEEA EN 1957 y el Tratado de Creación de la Comunidad Económica Europea en 1957,¹⁰⁶ el derecho comunitario primario europeo está conformado además por tratados modificatorios por ejemplo tratados de adhesión de otros Estados, o en su defecto de tratados que han servido para ampliar el proceso integracionista, esto tendrá como manifestación jurídica el derecho comunitario. Actualmente, las normas primarias son el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El derecho comunitario europeo al igual que el andino cuenta con niveles jerárquicos normativos como:

1. Derecho originario o primario, constituido por el tratado fundacional y sus modificaciones.
2. Derecho comunitario derivado como las decisiones generales, reglamentos, recomendaciones, etc.

Por lo tanto, resulta innegable que el proceso integracionista andino se relacione muy estrechamente con el proceso integracionista europeo.

En relación con el proceso integracionista andino, los efectos poscoloniales en América Latina y la fragmentación en repúblicas es el punto de partida de los variados intentos integracionistas regionales, fundamentados en la industrialización integrada y autónoma, se esperaba que el comercio intracomunitario permita entre otras cosas más productividad, la racionalización sin reducción del empleo, sin embargo, en los años 70s el proceso integracionista recae por varias razones, entre ellas, la distancia económica entre los países, así como la diferenciación de regímenes políticos, produciéndose acuerdos bilaterales,¹⁰⁷ los cuales obstruyen el proceso integracionista.

El producto jurídico del proceso integracionista es el derecho comunitario, que implica la voluntad política de los Estados miembros en integrarse, bajo el principio *ex consensu advenit vinculum*.¹⁰⁸ La convención de Viena sobre el derecho de los tratados

¹⁰⁶ Calogero Pizzolo, “Globalización e integración” (Argentina: Sociedad anónima Editora, comercial, industrial y financiera, 2002) 98.

¹⁰⁷ Kaplan, Marcos. Derecho de la Integración Latinoamericana. “tendencias actuales del Derecho” de Juan Luis Soberanes. México: Fondo de Cultura Económica, S.A, 1994.

¹⁰⁸ Significa que del consentimiento deviene la obligación

nos enseña que la voluntad debe estar libre de vicios, para que pueda producir efectos jurídicos que permitan la creación, modificación y extinción de derechos y obligaciones entre los sujetos.

La voluntad de los estados debe ir acompañada con perspectivas globales, es decir de una sola integración, en este caso sería la integración latinoamericana, y que implica una interdependencia entre iguales, excluyendo todo acto de imposición unilateral o de afectación de soberanía política, por lo tanto para que se mantenga y sobreviva este proceso integracionista hay que mantener la compatibilidad, y concordancia entre algunos requisitos, como intereses, objeto, fines, funciones y competencias,¹⁰⁹ siempre guiados por el Tratado Constitutivo, de esta manera, se trata de que esta integración cuente con personalidad jurídica funcional, sostenida por las competencias delegadas por los Estados.

El proceso integracionista andino que surge a partir del Acuerdo de Integración Subregional Andino, que fue suscrito el 26 de mayo de 1969, por los representantes plenipotenciarios de los países de Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. Venezuela se adhirió en 1973, Chile se retiró del Acuerdo en 1976. En el 2006 Venezuela denunció el Acuerdo y en el mismo año Chile se reincorporó en condición de país miembro asociado¹¹⁰ mediante la decisión 645,¹¹¹ así como Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay.

La Comunidad Andina fue creada con la intención de promover el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social, acelerar su crecimiento y la generación de ocupación, facilitar su participación en el proceso de integración regional con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano.¹¹²

¹⁰⁹ Piénsese en el Art. 1 del Acuerdo d Acuerdo de Integración Subregional Andino, cuando señala los objetivos de un acuerdo de Integración Subregional.

¹¹⁰ Cronología, <<http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=196&tipo=QU&title=cronologia>> última visita 20 de julio del 2016.

¹¹¹ Iris Gonzáles de Traconis, “Solución de las controversias por incumplimiento de los Estados en el régimen de la Comunidad Andina. La cuestión de la efectividad”(tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2007),17

¹¹² Decisión 563 Codificación I Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena 1969) G.O 940 del 1 de julio 2003.

2.1.2. El derecho comunitario.

Para Pizzolo el derecho comunitario es una variante de la matriz normativa originaria del derecho internacional general y que por lo tanto es un derecho con su propio sistema de fuentes, **proprios principios** ¹¹³y con un sistema jurídico autónomo.

El sistema jurídico autónomo, producto del derecho comunitario es considerado como una suerte de piedra angular para la normativa andina, que nace del tratado fundacional, y que no podrá en razón de su naturaleza, aceptar que se le opongan reglas de carácter nacional sin perder su carácter comunitario, y en lo largo de su obra Pizzolo señala que ese alcance lo hace también a la Constitución política de cada Estado miembro, en relación al principio de autonomía que implica que a través del ejercicio de soberanía de cada Estado miembro, se renuncia derechos soberanos, es decir, el ejercicio de algunas competencias, en función del órgano comunitario.¹¹⁴

Para Pizzolo, el derecho comunitario está constituido por principios generales como el principio de proporcionalidad, el de solidaridad, el de equilibrio institucional, el de preferencia comunitaria en los intercambios internacionales, y el principio de no discriminación en función de la nacionalidad. El mismo autor citando a Molina del Pozo señala que para este autor, las fuentes del derecho comunitario son:

1. Obligatorias.
 - a. Derecho originario.
 - b. Derecho derivado.
 - c. Actos convencionales.
 - d. Principios generales del derecho comunitario.
 - e. Jurisprudencia.
2. No obligatorias.

Para Pizzolo las fuentes son:

1. Constitución comunitaria- Tratado fundacional.
2. Derecho derivado.
3. Derecho internacional.

¹¹³ La negrita me pertenece.

¹¹⁴ Calogero Pizzolo, "Globalización e integración" (Argentina: Sociedad anónima Editora, comercial, industrial y financiera, 2002) 98.

4. Principios generales del derecho.¹¹⁵

Pizzolo, tan acertadamente señala algunas características del derecho comunitario como:

1. Incorporación inmediata y autónoma, esto significa que el derecho comunitario se incorpora al derecho nacional una vez que entra en vigor, y este derecho nacional a su vez no podrá alegar el desacuerdo o la contradicción se sus normas con el derecho comunitario para incumplirlo.¹¹⁶ Es a través de la incorporación que la norma comunitaria, que se vuelve eficaz, en el derecho nacional.

2. Efecto Directo y la eficacia directa, se relaciona con la característica anterior ya que una vez incorporado el derecho comunitario, este generará derechos y obligaciones,¹¹⁷ es decir cualquier persona podrá pedir a un juez nacional la aplicación del derecho comunitario, reforzando así la eficacia del derecho comunitario.

3. Primacía, significa que el derecho comunitario prevalecerá por sobre el derecho nacional cualquiera sea su rango, si se considera que la primacía es la consecuencia lógica de la sesión de soberanía que tiene su origen en la propia adhesión en los tratados fundacionales, resultaría ilógico que el resultado de estas cesiones de soberanía sean corregidas o ignoradas por los Estados miembros, por lo tanto esta característica da vida al proceso integracionista.¹¹⁸

Sin embargo Ricardo Alonso García, señala que los principios rectores de la relación entre el derecho comunitario y el derecho nacional serán: el principio la eficacia y primacía.¹¹⁹

¹¹⁵ Calogero Pizzolo, "Globalización e integración" (Argentina: Sociedad anónima Editora, comercial, industrial y financiera, 2002) 99.

¹¹⁶ Calogero Pizzolo, "Globalización e integración" (Argentina: Sociedad anónima Editora, comercial, industrial y financiera, 2002) 155

¹¹⁷ Calogero Pizzolo, "Globalización e integración" (Argentina: Sociedad anónima Editora, comercial, industrial y financiera, 2002) 164

¹¹⁸ *Ibíd*em, 170

¹¹⁹ García. Ricardo Alonso, "Derecho Comunitario y derechos nacionales autonomía, integración, e interacción" (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999). 106.

Los niveles normativos dentro del derecho comunitario

a). Normas fundamentales o constitutivas: contenidas en los tratados públicos suscritos por los países miembros del proceso de integración, así como en los protocolos adicionales y modificatorios, actos de derecho internacional.

b). Regulaciones derivadas de las normas fundamentales: expedida por los órganos comunitarios que han recibido esa competencia normativa, normas de aplicación obligatoria por los países miembros y sus habitantes y que por lo tanto no está sometida a un control jurisdiccional de legalidad.

c). Los actos de los órganos comunitarios: en ejecución del ordenamiento jurídico andino ya sea administrativo o jurisdiccional, es necesario reconocer también los actos no típicos como pueden ser los acuerdos con otras comunidades, los de carácter contractual interno y los de naturaleza disciplinaria.

2.1.3. Derecho Comunitario Andino.

Al referirse al derecho comunitario andino Carlos SÁCHICA nos enseña que este derecho, nace del derecho internacional, como toda unión o relación supranacional. En su desarrollo la unión supranacional y los órganos comunitarios creados por instrumentos internacionales debidamente ratificados por cada País Miembro,¹²⁰ producirán una normatividad relacionada no solo a la normatividad nacional de cada Estado miembro sino además, a los ordenamientos particulares de los países en vías de integración (unión europea), y de su tratado de creación.¹²¹

Calogero Pizzolo nos enseña que tanto el jus cogens o normas imperativas, y las normas del derecho comunitario, son de aplicación directa por los Estados.¹²² Por lo tanto para el mismo autor el derecho comunitario, denota un tipo de integración comunitario a diferencia del tipo de asociación o cooperativo como el MERCOSUR, por ejemplo.

Es entonces, la Comunidad Andina, uno de los procesos integracionistas más importantes en materia de desarrollo institucional y jurídico, en el ámbito subregional, construida en principios fundamentales como: el principio de incorporación inmediata, el

¹²⁰ Ricardo Vigil Toledo, Estructura jurídica de la Comunidad Andina, (editorial Aranzandi, Navarra 2011) pág. 35

¹²¹ SÁCHICA. Luis Carlos, "Introducción al Derecho Comunitario Andino" (Colombia: Editorial Temis, 1990). 20

¹²² Calogero Pizzolo, "Globalización e integración" (Argentina: Sociedad anónima Editora, comercial, industrial y financiera, 2002) 86

principio de efecto directo o eficacia directa, primacía, responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de las normas comunitarias.¹²³

El principio de incorporación inmediata, que se traduce en la obligatoriedad que tienen los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para ajustar su normativa a los compromisos comunitarios adquiridos con anterioridad, esto para poder cumplir el fin que tiene la Comunidad Andina. Es el carácter vinculante, que provoca la obligatoriedad de observar la normativa jurídica andina; el principio de primacía o aplicación inmediata¹²⁴ es la preeminencia del ordenamiento jurídico comunitario andino lo encontramos en los Arts. 2, 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es la característica que tiene el Derecho Comunitario de primar sobre el derecho nacional si se le opusiere; el principio de efecto directo o eficacia directa, es la capacidad de la norma comunitaria para producir efectos jurídicos, desde que la norma comunitaria entra en vigor, salvo que la misma norma andina disponga lo contrario; el efecto directo es más bien la aptitud para originar en sí misma y para los particulares, pudiendo ser exigidos su observancia,¹²⁵ esto quiere decir que cualquier persona podrá pedir a su juez la aplicación del derecho comunitario. Y que por lo tanto tiene un componente supranacional a lo andino, que es la transferencia de responsabilidades nacionales a órganos comunitarios.¹²⁶ Todos estos principios relacionados profundamente y que a la par no se separan.

El proceso de integración andina es producto de la decisión política de los Estados participantes, por esta razón en el preámbulo del Acuerdo de Integración Subregional Andino, los Estados miembros en sus gobiernos estaban decididos a fortalecer la unión de sus pueblos, y por lo tanto a alcanzar los fines mediante un sistema de integración y cooperación, que busque el desarrollo económico equilibrado, armónico y compartido con los Estados miembros,¹²⁷ así lo señala el Art 1 del Acuerdo de Integración Subregional Andino que además, señala su finalidad que será procurar el mejoramiento persistente en

¹²³ Calogero Pizzolo, “Globalización e integración” (Argentina: Sociedad anónima Editora, comercial, industrial y financiera, 2002) 180

¹²⁴ *Ibidem*, 169

¹²⁵ Marcel Tangarife, “Sistema jurisdiccional en el proceso andino” (Conferencia, Simposio Integración y Supranacionalidad, Sucre, 23 de noviembre del 2000).

¹²⁶ Víctor Manuel Rico, “El Derecho de la Integración en la Comunidad Andina” (Conferencia, Simposio Integración y Supranacionalidad, Sucre, 23 de noviembre del 2000).

¹²⁷ Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur, (Quito: V&M gráficas, 2012), 375

el nivel de vida de los habitantes de la subregión. Por lo tanto, será el mejoramiento del nivel de vida de los habitantes de la subregión,¹²⁸ el principal bien jurídico protegido por la Comunidad Andina.

De esta manera el producto de este proceso integracionista es el ordenamiento jurídico comunitario andino.

El Ordenamiento jurídico comunitario andino.

Pizzolo afirma que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, bajo una interpretación prejudicial, señala que el ordenamiento jurídico comunitario andino prevalece por sobre las normas internas o nacionales de cada Estado miembro, por ser la característica esencial del derecho comunitario y ser el principio básico por el que se construye la integración.¹²⁹

Por lo tanto, el derecho comunitario andino tiene su base en principios como: el principio de incorporación inmediata, aplicabilidad directa, primacía y responsabilidad de los Estados por el incumplimiento de normas comunitarias.¹³⁰ Que se pudieron explicar brevemente en el tema anterior.

Está compuesto por dos categorías jurídicas.

Las de derecho comunitario andino originario o primario y las normas de derecho comunitario andino derivado o secundario

a. Derecho comunitario andino originario: Son normas de derecho internacional,¹³¹ compuesto por las normas constitucionales o primarias como el Acuerdo de Integración Subregional Andino, los protocolos modificatorios e instrumentos adicionales y el tratado que crea el Tribunal andino de justicia así como sus protocolos adicionales (protocolo de Cochabamba).

b. Derecho comunitario andino derivado: Conocido como nivel legislativo, compuesto por las decisiones que adopta el Consejo andino de

¹²⁸ Ya superando esa concepción desarrollista conservadora de que el capital este sobre el ser humano, otorgando una distribución equitativa de los beneficios del proceso integracionista y como dice el profesor Sábica, hay que señalar que este proceso integracionista andino, es distinto al de los procesos de integración expansionistas y neocolonizadores, en donde era la fuera emotiva de concepciones desarrollistas las que nos llevaban a agruparnos, para sostener los niveles de vida de los países desarrollados, típico de una concepción economicista del a vida, el mundo y para la ampliación de mercados en provecho de empresas transnacionales.

¹²⁹ Calogero Pizzolo, "Globalización e integración" (Argentina: Sociedad anónima Editora, comercial, industrial y financiera, 2002) 180

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ Kaplan, Marcos. Derecho de la Integración Latinoamericana. "tendencias actuales del Derecho" de Juan Luis Soberanes. México: Fondo de Cultura Económica, S.A, 1994.

ministros de relaciones exteriores,¹³² decisiones de ministros de comercio exterior e industrias. De estas decisiones cabe el ejercicio de la acción de nulidad. Y las resoluciones de la Secretaría General.

Pero también existe un tercer nivel que está compuesto por:

c. Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina

Que reglamentan las decisiones del Consejo como de la Comisión, que son reglamentos de carácter general, así como las resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina, que resuelven situaciones de carácter particular.¹³³

Así lo señala el proceso 1-AN-97, que en su parte pertinente señala:

Las otras normas, que emergen de los órganos comunitarios -Comisión, Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores y antigua Junta, hoy Secretaría General- constituyen el denominado "derecho derivado" o " secundario", en virtud de la propia competencia de regulación que les ha sido conferida por el Tratado marco del Acuerdo de Cartagena.¹³⁴

Órganos principales de la CAN

Es importante mencionar que en la estructura de la Comunidad Andina, con el multilateralismo y el modelo de la comunidad de la Unión Europea, se vio obligada a ser reestructurada, pese que fue creada con una visión de libre comercio y hasta una unión aduanera,¹³⁵ de esta manera el Protocolo de Trujillo, modifica el Acuerdo de Integración Subregional Andino- Acuerdo de Cartagena, que entra en vigencia el 3 de junio de 1997, instituyendo el Sistema Andino de Integración y dando nacimiento a la Comunidad Andina. Se institucionalizó las instancias ya existentes, se reemplaza la Junta del Acuerdo de Integración Subregional Andino por la Secretaría General de la Comunidad Andina. Por lo tanto se señala que el Sistema Andino de Integración está conformado por órganos e instituciones:¹³⁶

- El Consejo Presidencial Andino;
- El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores;

¹³² Acuerdo de integración subregional andino Art 17, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores se expresara mediante declaraciones, y decisiones, adoptadas por consenso, estas últimas formaran parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

¹³³ Marcel Tangarife, "Sistema Jurisdiccional en el Proceso Andino" (Conferencia, Simposio Integración y Supranacionalidad, Sucre, 23 de noviembre del 2000).

¹³⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, PROCESO 1-AN-97, Quito, 26 de febrero de 1998.

¹³⁵ Alberto Adrianzen y Oriana. Suarez, et al., Convergencia CAN-MERCOSUR (Ecuador: Universidad Andona Simón Bolívar, sede Ecuador, 2014) 43.

¹³⁶ Protocolo de Trujillo, 1996.

- La Comisión de la Comunidad Andina;
- La Secretaría General de la Comunidad Andina;
- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina;
- El Parlamento Andino;
- El Consejo Consultivo Empresarial;
- El Consejo Consultivo Laboral;
- La Corporación Andina de Fomento
- El Fondo Latinoamericano de Reservas;
- El Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo;
- La Universidad Andina Simón Bolívar;
- Los Consejos Consultivos que establezca la Comisión; y demás.¹³⁷

2.1.4. La supranacionalidad frente a la intergubernamentalidad.

La supranacionalidad constituye la base del derecho comunitario, porque cuenta con una organización integrada con competencias suficientes para decidir autónomamente de conformidad con el Tratado Constitutivo, es decir sin la necesidad de que el procedimiento sea formalizado en tratados públicos, sujetos a la aprobación legislativa, la ratificación e incorporación expresa y formal del derecho nacional; y que además las decisiones normativas, emanadas por la organización integracionista tienen obligatoriedad y vigencia en forma directa, inmediata y prioritaria, así como las resoluciones de los órganos jurisdiccionales los que deberán cumplirse sin el requisito del exequátur.¹³⁸ Por lo tanto, las decisiones normativas así como ejecutivas, y las resoluciones de los órganos jurisdiccionales de la comunidad, vigentes son de cumplimiento obligatorio para los países miembros del acuerdo de integración y sus ciudadanos.

La característica esencial del proceso integracionista radica en la cesión o delegación del ejercicio de competencias, que proviene de los Estados miembros a las organizaciones comunitarias, esta cesión o delegación es la que nos indica la diferencia

¹³⁷ Protocolo de Trujillo, 1996.

¹³⁸ *Ibíd.*, 11.

con otras organizaciones internacionales, de las cuales se propone construir procesos de cooperación y coordinación de sus actividades,¹³⁹ como lo son los procesos de la UNASUR y del MERCOSUR¹⁴⁰.

Para este efecto, César Montaña señala que mediante la transferencia de poderes de los Estados miembros a la estructura institucional comunitaria, se permite adoptar decisiones de un modo directo, de la misma manera el autor sostiene que se trata de una atribución de competencias, más adelante sostiene que no se trata de una cesión como tal sino más bien, de una efectiva delegación de competencias de las tres ramas del poder.

Al respecto el Manuel Diez de Velazco, refiriéndose al proceso integracionista manifiesta, que es a partir de esta transferencia de competencias lo que determina su ser. Así, es a través de esta transferencia de competencias que limita el quehacer del Estado miembro de la comunidad bajo el principio de especificidad, además esta transferencia de competencias puede ampliar las atribuciones del órgano supranacional para cumplir o hacer cumplir el fin consagrado en el Tratado Constitutivo, concluye sosteniendo que es ésta transferencia la que da viabilidad a las decisiones de la institucionalidad supranacional, otorgándole el carácter de generales, obligatorias y de aplicación directa.¹⁴¹

A este respecto, José Manuel Sobrino, para recalcar el papel significativo de la cesión de competencias, nos enseña que:

Esto no ha producido el desplazamiento del Estado nación, que continua siendo la espina dorsal de la sociedad internacional, lo que sí ha logrado es cuestionar el dogma de la soberanía absoluta del Estado...creando nuevos sujetos internacionales, que poseen existencia jurídica, distinta a la que tiene los Estados miembros.¹⁴²

¹³⁹Secretaría General de la Comunidad Andina, Integración y Supranacionalidad, (Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina, 2001), 30.

¹⁴⁰ Tatiana Bobbio, "El sistema supranacional como alternativa en el MERCOSUR" (Congreso, Organización regional actual y la necesidad de reformas, Argentina, 31 de mayo del 2012).

¹⁴¹ Manuel Diez de Velazco, "Las Organizaciones Internacionales", (Madrid, 1997), 50.

¹⁴² José Manuel Sobrino Heredia, "Derecho de la Integración, marco conceptual y experiencia de la Unión Europea" (Conferencia, simposio Integración y Supranacionalidad, Bolivia, 21 de noviembre del 2000).

Reconocer la supranacionalidad implica superar el principio *do ut des*,¹⁴³ para ser reemplazado por la idea de la comunidad, el principio “te doy para que me des”¹⁴⁴, se relaciona mucho con la cuestión de la mal llamada estrategia del equilibrio de naciones, manera de repartirse la riqueza de los países en desarrollo, por parte de los países desarrollados.

2.1.5. Procesos integracionistas en América Latina.

Al revisar brevemente como se estructura el derecho comunitario, basado en la supranacionalidad y comparándolo con los procesos integracionistas como el MERCOSUR,¹⁴⁵ podemos señalar que el proceso integracionista del MERCOSUR no cuenta con una estructura de carácter supranacional, se inició formalmente por la influencia de los tratados intergubernamentales, el MECOSUR está estructurado por el Consejo de Mercado Común, el Grupo de Mercado Común, la Comisión de Comercio del MERCOSUR, Secretaria del MECOSUR, el Tribunal permanente de revisión del MERCOSUR, el Tribunal Administrativo-Laboral, el Parlamento, el Foro Consultivo Económico Social, el Centro MERCOSUR de promoción de Estado de Derecho¹⁴⁶, sus instituciones principales son el Consejo de Mercado, y el Grupo de Mercado, su institucionalidad consiste principalmente en reuniones o comités sobre temas específicos.¹⁴⁷

El ordenamiento jurídico del MERCOSUR está compuesto por: el derecho originario conformado por el Tratado Constitutivo de Asunción, el protocolo de Brasilia y protocolo de Ouro Petro; y el derecho derivado, constituido por las decisiones y resoluciones. Para Alejandro Perotti, profesor de derecho de la Integración en Argentina, el derecho producto del proceso integracionista del MERCOSUR, es un auténtico derecho

¹⁴³ Principio que entraña reciprocidad, contrapartida y compensación en las relaciones entre Estados, traducido significa te doy para que me des, utilizada por el derecho Internacional clásico, y que si miramos un poco a este principio tampoco es que se ha utilizado estrictamente, siempre ha sido el país desarrollado el que ha obtenido mayor beneficio, pero que nos ha dado a América Latina los acuerdos globales?, pero si el principio de reciprocidad se rompe, se encuentra viciado en el fondo este principio.

¹⁴⁴ Sábica. Luis Carlos, “Introducción al Derecho Comunitario Andino” (Colombia: Editorial Temis, 1990). 11

¹⁴⁵ Que sus estados miembros son, Argentina, Brasil, Uruguay, Paraguay, en la actualidad Venezuela y Bolivia, por lo tanto no son estados miembros Ecuador, ni Colombia, sin embargo han firmado y ratificado acuerdos con la Comunidad Andina.

¹⁴⁶ Alberto Adrianzen y Oriana. Suarez, et al., Convergencia CAN-MERCOSUR(Ecuador: Universidad Andona Simón Bolívar, sede Ecuador,2014)48

¹⁴⁷ *Ibidem*

comunitario por constituirse a base de los tres principios básicos del derecho comunitario, a pesar de que los textos constitucionales de Brasil y Paraguay, no contemplan ese ámbito permisible sobre la integración.¹⁴⁸ Sin embargo, la doctrina sostiene que si bien no es un requisito para el reconocimiento del derecho comunitario, haría del cumplimiento de éste, un obstáculo del derecho comunitario en la legislación interna de cada Estado miembro.¹⁴⁹ Y como señala Pablo Pérez, son las cláusulas constitucionales las que permiten la integración supranacional.¹⁵⁰ Para este efecto César Montaña tan acertadamente nos enseña que:

Pese a que muchos autores se esfuerzan para destacar el supuesto carácter supranacional del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), a palabras de César Montaña al referirse al MERCOSUR, señala que es “inobjetable que el MERCOSUR carece de algunos atributos imprescindibles de las entidades supranacionales, como por ejemplo: de un ordenamiento jurídico comunitario de aplicabilidad directa y, de órganos autónomos de carácter supranacional.”¹⁵¹

La UNASUR, (Unión de Naciones Suramericanas) es un foro intergubernamental de países para la cooperación internacional, está conformada por cuatro órganos que toman decisiones, de acuerdo a su nivel jerárquico: el Consejo de Jefas y Jefes de Estado y de Gobierno, el Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores, el Consejo de Delegados y Delegadas, y la Secretaría General,¹⁵² sin embargo, para Oriana Suarez, la estructura de la UNASUR va más allá del tema decisorio, que responde al desarrollo de su institucionalidad que son una serie de diferentes Consejos como el Consejo de Economía y Finanzas o el Consejo Suramericano de Desarrollo Social,¹⁵³ que han sido producto de las decisiones tomadas, por los Jefes y Jefas de Estado y de Gobierno, lo cual reafirma el fuerte, carácter intergubernamental de esta organización.

¹⁴⁸ Alejandro Perotti, “El derecho de la Integración en el MERCOSUR” (Conferencia, Simposio Integración y Supranacionalidad, Sucre, 23 de noviembre del 2000).

¹⁴⁹ Marcel Tangarife, “La supranacionalidad en el Constitucionalismo Latinoamericano: el caso de los países de los Países miembros de la Comunidad Andina” (Conferencia, Simposio Integración y Supranacionalidad, Sucre, 23 de noviembre del 2000).

¹⁵⁰ Pérez Tremps, Pablo, coord. Integración Política y Constitución. Serie 7. Quito: Corporación editora nacional, 2004. 144

¹⁵¹ César Montaña, Problemas Constitucionales de las Integraciones Supranacionales. Análisis del caso Andino” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador), 90

¹⁵² Funcionamiento de UNASUR, <<http://www.unasursg.org/es/como-funciona-unasur.>>, última visita 20 de julio del 2016.

¹⁵³ Alberto Adrianzen y Oriana. Suarez, et al., Convergencia CAN-MERCOSUR(Ecuador: Universidad Andona Simón Bolívar, sede Ecuador,2014)51

La normatividad creada por UNASUR deberá ser aprobada por consenso sin embargo, bajo los principios del derecho comunitario como son efecto directo, primacía y efecto inmediato,¹⁵⁴ representa una contradicción en su constitución, así en el Tratado Constitutivo, en el Art. 12 en el párrafo final señala que los actos normativos emanados por los órganos de UNASUR, serán obligatorios para los Estados miembros, una vez que haya sido incorporados en el ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados miembros, de conformidad con los diferentes procedimientos internos.¹⁵⁵

En relación al objeto de la organización supranacional, los Estados miembros transfieren competencias a las entidades de integración, en relación al MERCOSUR, los objetos los encontramos en el Art. 23 del Tratado de Asunción, que señala:

“Los Estados Partes deciden constituir un Mercado Común, que debe estar conformado al 31 de diciembre de 1994, el que se denominará “Mercado Común del Sur” (MERCOSUR).

Este Mercado Común implica:

- La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente;
- El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales;
- La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetario, cambiario y de capitales, de servicios, adecuadas de competencia entre los Estados Partes;
- El compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.”¹⁵⁶

Y en relación a la UNASUR, el Art. 2 de su Tratado Constitutivo, señala:

La Unión de Naciones Suramericanas tiene como objetivo construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la

¹⁵⁴ Alejandro Perotti, “El derecho de la Integración en el MERCOSUR” (Conferencia, Simposio Integración y Supranacionalidad, Sucre, 23 de noviembre del 2000).

¹⁵⁵ Tratado constitutivo de la UNASUR, 2008.

¹⁵⁶ Tratado de Asunción, 1991.

desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados.”¹⁵⁷

Podemos observar que los objetos de la CAN, comprenden varios aspectos como lo político, económico, social y cultural; del MERCOSUR, los objetos son limitados sin perjuicio del carácter económico que rodea al MERSOSUR; la UNASUR, en palabras de César Montaña que señala que los objetos de la UNASUR, se asemejan a los de la Comunidad Andina, sin embargo nos enseña que carecen de medios necesarios para cumplirlos, ya que está en proceso su estructura institucional, además no cuenta con un ordenamiento jurídico propio.¹⁵⁸

En relación con los órganos decisorios, los órganos que toman las decisiones en y la Comisión de la Comunidad Andina, que son órganos intergubernamentales, en MERCOSUR, la toma de decisiones es a través de tres órganos: el Consejo del Mercado Común, órgano superior del MERCOSUR, el cual conduce políticamente el proceso de integración y el Grupo Mercado Común, que vela por el funcionamiento cotidiano del bloque, y la Comisión de Comercio, encargada de la administración de los instrumentos comunes de política comercial,¹⁵⁹ al igual que la UNASUR, las decisiones son tomadas en foros¹⁶⁰ pero de carácter intergubernamental.¹⁶¹

2.1.6. Derecho Comunitario Andino en materia migratoria.

A través del Consejo Andinos de Ministros de Relaciones Exteriores, se ha aportado en esta temática. Integrado por los cuatro ministros de relaciones exteriores de los Países Miembros, que expone la política exterior, así como formular, ejecutar y evaluar la política del proceso de integración andino, emiten decisiones con carácter vinculante.

¹⁵⁷ Tratado constitutivo de la UNASUR, 2008.

¹⁵⁸ César Montaña, “Problemas Constitucionales de las Integraciones Supranacionales. Análisis del caso Andino” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador), 94.

¹⁵⁹ Su funcionamiento <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/6500/4/innova.front/su-funcionamiento>>. Última visita 01 de julio del 2016.

¹⁶⁰ Para Oriana Suarez, los foros son espacios de debate y discusión política que permite el diálogo ente los países miembros.

¹⁶¹ Alberto Adrianzen y Oriana. Suarez, et al., Convergencia CAN-MERCOSUR (Ecuador: Universidad Andona Simón Bolívar, sede Ecuador,2014)54.

Otros organismos subregionales como Mercosur desde 1991, han elaborado varias normativas que garantizan el tránsito de personas, como la residencia para nacionales de los Estados partes del MERCOSUR, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú; documentos válidos para viajar; exención de traducción de documentos administrativos para efectos de inmigración entre los Estados partes del MERCOSUR.

En el 2010, aprobaron el Estatuto de ciudadanía del MERCOSUR, con miras hacia una ciudadanía regional, la comisión de representantes permanentes, órgano que asiste al órgano de mercado común, y al grupo de mercado común, ha elaborado una cartilla de la ciudadanía MERCOSUR.

Respecto a la ciudadanía UNASUR, que está en construcción, el Presidente Ernesto Samper, ex-Secretario General de UNASUR señala lo siguiente: “Indicó que se contempla desde la expedición de pasaportes suramericanos hasta la eliminación de toda restricción que impida la movilidad de las personas, para que pueda disfrutar la región si quiere trasladarse libremente durante un plazo de seis meses, o trabajar como se está haciendo con la visa Mercosur ampliada de que disfrutaban medio millón de ciudadanos, y dijo que esta visa ésta llamada a convertirse la “visa Shengen” para todos los suramericanos.”¹⁶²

Sin embargo, una de las fortalezas de esa institucionalidad de la que cuenta la Comunidad Andina entre otras, es el acuerdo para la libre circulación entre los nacionales de los Países Miembros, con la sola presentación del documento de identidad.¹⁶³ En la práctica veremos que no se configura la libre circulación en el mundo, menos entre latinoamericanos, y este desagradable quehacer se traslada al sector andino.

Por lo tanto, es el derecho comunitario andino, como un derecho en construcción, lo que le da ese plus tan enriquecedor, para la tutela eficaz de los derechos de las personas en movilidad y sus derechos fundamentales como el derecho al trabajo, correspondería al derecho comunitario andino, a través de los órganos competentes en crear normativa acorde y coyuntural de conformidad con las nuevas necesidades de los ciudadanos de los distintos país miembros de la Comunidad Andina.

¹⁶² Proyecto de ciudadanía suramericana <<http://www.andes.info.ec/es/noticias/proyecto-ciudadania-suramericana-unasur-da-sus-primeros-pasos-samper.html>>. última visita 17 de julio del 2016.

¹⁶³ Alberto Adrianzen y Oriana. Suarez, et al., Convergencia CAN-MERCOSUR(Ecuador: Universidad Andona Simón Bolívar, sede Ecuador,2014)46

2.2.- El derecho comunitario andino, en materia de migración laboral intracomunitaria, la armonización de la norma como herramienta para la vigencia plena del Derecho Comunitario

2.2.1. Inmigración laboral intracomunitaria.

Los Países Miembros de la Comunidad Andina, conducidos a fortalecer la unión de sus pueblos, sentar las bases para avanzar hacia una comunidad subregional andina, han acordado la generación de ocupación para la formación de un mercado común latinoamericano.

El derecho comunitario andino ha definido a la migración intracomunitaria como aquella que se produce de un Estado miembro, a otro Estado miembro de la Comunidad Andina, y la ha dividido en migración temporal y permanente,¹⁶⁴ así mismo ha definido a la migración laboral, como el movimiento de personas del Estado de origen a otro Estado que será el país receptor, con un fin laboral.¹⁶⁵

El derecho internacional sobre migraciones, en el glosario sobre migración reconoce que estas migraciones por lo general están reguladas en los Estados por lo tanto, las migraciones laborales intracomunitarias serian estos movimientos de personas de un Estado de origen hacia otro receptor, con un fin laboral, y que por lo tanto sea realizada dentro de la Comunidad Andina.

De la misma manera la Organización Internacional de Migración OIM, define al migrante laboral como el migrante económico, como la persona que habiendo dejado su lugar de residencia o domicilio habitual busca mejorar su nivel de vida, en un país distinto al de origen, distinguiéndolo del migrante refugiado pero equiparando su concepto con el migrante de temporada, éste que migra por un trabajo de temporada,¹⁶⁶ pero que al final termina abandonando su lugar de residencia por un tiempo prolongado y con el fin de trabajar.

¹⁶⁴ Secretaria General de la Comunidad Andina, Las migraciones intracomunitarias y extracomunitarias en la agenda de la Comunidad Andina. (Perú: 2008), <www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=84&tipo=TE&title=migracion>. Última visita 22 de agosto del 2017

¹⁶⁵ Organización Internacional para las Migraciones, Derecho Internacional sobre migración, No.7 (Suiza, OIM, 2006).

¹⁶⁶ Organización Internacional para las Migraciones, Derecho Internacional sobre migración, No.7 (Suiza, OIM, 2006).

De esta manera, la Comunidad Andina, ambiciona lograr que sus habitantes o ciudadanos de los distintos Estados de los Países Miembros, puedan circular libremente en la subregión, ya sea como parte de un proceso migratorio temporal, como es el caso del turismo, o como parte de un proceso migratorio permanente, como es el caso de la migración laboral que implica el cambio de domicilio, de lo cual se han originado varias decisiones, que forman parte del ordenamiento jurídico andino derivado.

Teniendo claro el significado que le da la Comunidad Andina a los migrantes laborales y, en relación a la estructura de la Comunidad Andina, reviste mayor importancia para este trabajo, las decisiones emanadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, como órganos con atribuciones normativas vinculantes jurídicamente, y que han tenido mayor regulación en materia de migración laboral. La Decisión 583,¹⁶⁷ define al migrante laboral como toda persona que se haya trasladado del territorio de un país miembro de la Comunidad Andina, a otro país de la comunidad, independientemente de su nacionalidad o de su condición de trabajador **dependiente o independiente** (la negrita me pertenece), reconociendo que existen trabajadores migrantes en relación de dependencia y otros no, la Decisión 545¹⁶⁸ define al trabajador migrante andino, como el nacional de un país miembro que se traslada a otro país miembro, con fines laborales bajo relación de dependencia sea en forma temporal o permanente. Pero ¿qué pasa con los migrantes que laboran sin relación de dependencia?, estos trabajadores y trabajadoras, engrosan las filas de los subempleados en el Ecuador, por lo tanto resulta que estas decisiones comunitarias son ineficaces para el tratamiento en materia laboral de las inmigrantes en Ecuador, proyectando la tutela al país receptor de las inmigrantes colombianas.

En el ámbito de la migración laboral, la decisión más importante es la Decisión 545, que permite a los trabajadores andinos gozar de idénticos derechos que los trabajadores nacionales, la Decisión 583 y 584¹⁶⁹, relacionados con la temática de la seguridad social y salud en el trabajo,¹⁷⁰ respectivamente; los ciudadanos de Bolivia,

¹⁶⁷ Decisión 583 Sustitución de la Decisión 546, Instrumento Andino de Seguridad Social, G.O 1067 del 13 de mayo del 2004.

¹⁶⁸ Decisión 545 Instrumento Andino de Migración Laboral. G.O 938 del 27 de junio del 2003

¹⁶⁹ Decisión 584 Sustitución de la decisión 547, instrumento andino de seguridad y salud en el trabajo, G.O 1067 del 13 de mayo del 2004.

¹⁷⁰ Secretaria General de la Comunidad Andina, Dimensión Económico comercial de la Comunidad Andina, (Perú: Secretaria General de la Comunidad Andina, 2013), 20

Colombia, Ecuador o Perú, al ser ciudadanos andinos, tienen una serie de derechos al momento de viajar de un Estado miembro a otro Estado miembro de la Comunidad Andina con solo la presentación de su cédula de identidad. Sin embargo, se está trabajando por la creación del Estatuto de migración andino, así como el reglamento al Instrumento Andino de Seguridad Social, instrumentos que hasta la actualidad no se los ha podido concluir.

Las migraciones producidas dentro de la Comunidad Andina, cuentan con normativa andina vigente, y que bajo el método de la armonización de la norma del derecho comunitario, el Ecuador ha tratado de ajustarlo con la normativa nacional, pero sobre todo con la norma constitucional, y si se señala que solo ha tratado es porque la ley de movilidad humana, hasta la actualidad no se ha legislado.

De esta manera, las causas de la migración de colombianos al exterior son principalmente de tipo económico, en segundo lugar las causas familiares y en tercer lugar es decir de una manera más ocasional son las situaciones de seguridad,¹⁷¹ ratificando mi hipótesis de que la causa principal es la económica, ya que las migraciones subregionales se producen como consecuencia de la falta de empleo, las deficitarias condiciones de contratación, inestabilidad laboral y bajos salarios, en el país de origen, y en el país receptor de migración son las oportunidades laborales, inserción laboral y salarios que les permiten vivir adecuadamente.¹⁷²

Uno de cada diez colombianos vive fuera de su país, lo cual convierte a Colombia en uno de los países con mayor migración en Suramérica,¹⁷³ la migración colombiana en el Ecuador representa el 3,1 %, ocupando el segundo lugar en países de destino después de Venezuela, EEUU siempre será el país receptor con mayor porcentajes de inmigrantes.¹⁷⁴

¹⁷¹ Organización Internacional para las migraciones, Perfil migratorio de Colombia, (Bogotá, OIM, 2010), 20.

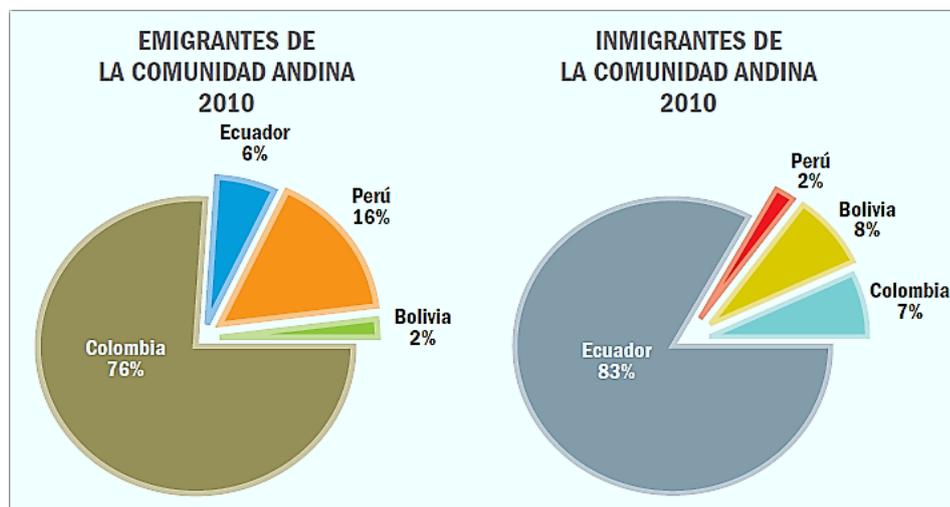
¹⁷² Organización Internacional para las migraciones, “Incorporación laboral de los migrantes, en la región metropolitana de Chile”, (Santiago de Chile, OIM, 2009), 21

¹⁷³ Organización Internacional para las migraciones, Perfil migratorio de Colombia, (Bogotá, OIM, 2012), 42

¹⁷⁴ *Ibíd*em, 42

Grafico 1.

Emigración e inmigración dentro de la Comunidad Andina.



Fuente: Secretaria General de la Comunidad Andina, 2012.

Elaboración: Secretaria General de la Comunidad Andina.

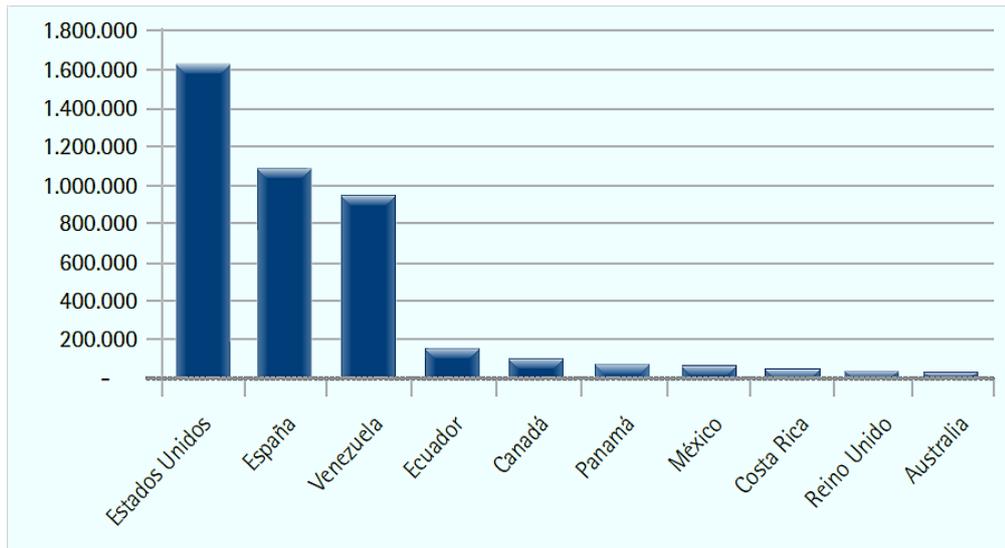
Como podemos observar en el gráfico, es Colombia el país con mayor porcentaje de migrantes en el 2012, en el área comunitaria andina, y es el Ecuador el primer país receptor de migración intracomunitaria. Respecto a la nacionalidad de migrantes andinos que permanecen dentro del espacio intracomunitario se observa que el 76% son colombianos (174 mil), el 16% son peruanos (38 mil), el 6% son ecuatorianos (13 mil) y el 2% son bolivianos (5 mil). Con relación a los países de acogida, Ecuador tiene el mayor número de migrantes con una representación del 83% del total, seguida por Bolivia con un 8%, Colombia con 7% y Perú con 2%.

En el período entre el 2009 y el 2010, se registró la cifra más alta de migración colombiana en el Ecuador, la OIM señala que la causa posible sea la política implementada por el Ecuador sobre la libre movilidad, con la Constitución del 2008, sin embargo la extranjería en el Ecuador es una respuesta jurídico-política restrictiva a las migraciones,¹⁷⁵ y no solo restrictiva sino discriminatoria.

¹⁷⁵ José García, “Políticas migratorias de la Unión Europea y Migración Andina: las garantías de los derechos”, (Ponencia presentada en la Conferencia regional “Globalización, migración y derechos

Grafico 2.

Principales destinos de los emigrantes colombianos según el Banco Mundial.
2010.



176

Fuente: Perfil migratorio de Colombia, 2012.

Elaboración: Banco Mundial, 2011.

En el Grafico 2, podemos observar que es el Ecuador, como país andino el que tiene una gran representatividad al momento de elegir el país receptor de migración.

En relación con el sexo, las mujeres son la mayoría de los extranjeros colombianos residentes en Ecuador; representan un 52,8% de esta población (47.467) y los varones, el 48,2% (42.464).¹⁷⁷

humanos” organizada por el programa andino de derechos humanos, PADH, Quito, septiembre 16,17 y 18 del 2003).

¹⁷⁶ Organización Internacional para las migraciones, Perfil migratorio de Colombia, (Bogotá, OIM, 2012), 43

¹⁷⁷ Organización Internacional para las migraciones, Perfil migratorio de Colombia, (Bogotá, OIM, 2012), 43, 56

2.2.2. El derecho comunitario andino en materia de migración intracomunitaria.

El derecho comunitario andino, está caracterizado por la supranacionalidad que constituye la base del derecho de la integración, que por lo tanto le otorga mecanismos subordinantes sobre los Estados miembros, bajo el principio general del derecho comunitario de aplicación directa.

Es decir, el derecho comunitario no necesita ser formalizado por tratados públicos sujetos a la aprobación legislativa, la ratificación e incorporación expresa y formal a la legislación nacional y que por lo tanto las decisiones normativas, tengan obligatoriedad y vigencia para los países miembros del Acuerdo de Integración y para sus habitantes,¹⁷⁸ ya que uno de los compromisos adquiridos por los Estados miembros en el Tratado Constitutivo, es adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, de la misma manera los Estados están obligados a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.¹⁷⁹

2.2.3. La atribución de competencias.

Se ha habido sostenido con anterioridad en este capítulo que la supranacionalidad se estructura bajo el principio de atribución de competencias, para César Montaña la atribución de competencias deberá ser específica, según la materia, en favor de la Comunidad Andina, por lo tanto esta atribución deberá ser expresa y puntual, otorgando seguridad jurídica para los ciudadanos de los distintos países miembros, y el respeto de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución política de cada Estado,¹⁸⁰ por lo tanto, esta atribución de competencias será regulada bajo el principio de legalidad de actuación de la Comunidad Andina, que exige determinación expresa de los ámbitos de validez del derecho comunitario es decir, esta determinación será en relación a la validez material, que de esta manera el derecho comunitario andino será aplicable en la forma que así lo determine el acuerdo fundacional, para reforzar este tema se explica que el

¹⁷⁸ SÁCHICA. Luis Carlos, “Introducción al Derecho Comunitario Andino” (Colombia: Editorial Temis, 1990). 13

¹⁷⁹ Decisión 472, “Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, G.O. 483 del 17 de setiembre de 1999.

¹⁸⁰ Montaña. César, “Manual de derecho tributario internacional”, Serie Estudios Jurídicos Volumen 25ª (Quito –Ecuador, Corporación Nacional Editora, 2006), 344

tratado fundacional es el punto de partida del proceso de integración comunitario siendo este instrumento internacional, el instrumento principal que establecerá las líneas principales de actuación de los órganos comunitarios, en función de los objetivos conforme al acuerdo fundacional, así en el ejercicio de su soberanía los Estados atribuyen en dicho convenio principal, ciertas competencias a órganos comunitarios.¹⁸¹

Para César Montaña, respecto de la atribución de competencias señala que esta atribución genera en la capacidad normativa de la comunidad algunos posibles casos prácticos, sin perjuicio del reconocimiento del Art. 3 del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina,¹⁸² que señala que las decisiones gozan de aplicabilidad inmediata y directa sobre los ordenamientos jurídicos nacionales.

1.- Atribución de competencias exclusivas, de esta manera la Comunidad Andina regulará ámbitos materiales específicos que antes residían en los Estados miembros, emitiendo decisiones que se regulan en regímenes comunes, serán de aplicación directa e inmediata.

2.- Cuando la comunidad no goza de la atribución de competencia exclusiva en una área específica, la comunidad podrá emanar decisiones con el carácter de recomendaciones, se caracteriza por que deja a los Estados la capacidad de ajustar su normativa interna alcanzar la para armonización, pero siempre que en estas decisiones no conste plazos para los Estados miembro, dejando la potestad normativa a los parlamentos nacionales, sin embargo César Montaña nos enseña que en este caso el efecto vinculante se daría en el plano político, es decir no sería de cumplimiento inmediato y directo, sino más bien se dejaría a una suerte de voluntad de cada Estado miembro.

La atribución de competencia en materia migratoria.

En materia migratoria que nada dice el acuerdo fundacional del proceso integracionista andino, estaríamos frente a lo que señala César Montaña una falta de atribución de competencia en materia específica para que proceda el cumplimiento inmediato y directo del que gozan las decisiones comunitarias completas, sin embargo recordemos que la migración humana es considerada como un derecho fundamental, y que por lo tanto tendría otro procedimiento según la doctrina; además es menester

¹⁸¹ Montaña. César, “Manual de derecho tributario internacional”, Serie Estudios Jurídicos Volumen 25ª (Quito –Ecuador, Corporación Nacional Editora ,2006), 344

¹⁸² Decisión 472, “Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, G.O. 483 del 17 de setiembre de 1999.

recordar que la integración andina fue en sus inicios netamente comercial, y que por este efecto nada podría delegar el país miembro, en materia migratoria es la comunidad internacional en organismos como la ONU, y sus representantes como la OIM, OIT, quienes centran el interés en la movilidad humana, brindándole a la migración humana la calidad de un derecho humano fundamental; además políticamente, es a raíz de los nuevos gobiernos progresistas los que le dan una mirada a la migración en el espacio subregional por ejemplo la Carta andina para la promoción y protección de los derechos humanos, suscrita el 26 de julio del 2002, en donde consta que el carácter vinculante de esta carta será decidido por el Consejo andino de ministros de relaciones exteriores en el momento oportuno.¹⁸³

Como ya se había mencionado el derecho comunitario andino es creado bajo las influencias del derecho comunitario europeo, de tal manera que en la comunidad europea, no tuvieron la atención en los derechos fundamentales ya que los actores principales del proceso integracionista europeo tuvieron la influencia en un enfoque sectorial que caracteriza a los tratados fundacionales estos se refieren a ámbitos limitados por temas económicos.

Pizzolo al referirse al derecho comunitario europeo, y al tratado fundacional, señala que la constitución del derecho comunitario no solo está formado por los tratados fundacionales, sino que más bien a esta constitución del derecho comunitario están vinculados principios generales del derecho comunitario que tienen el carácter de jus cogens comunitario, y dice el autor como aquellos que se refieren a los derechos fundamentales, en materia de libre circulación son tenidas como normas con efecto directo, por ejemplo los trabajadores pueden hacer valer sus derechos derivados de disposiciones comunitarias frente a jueces nacionales.¹⁸⁴

Ahora bien en el caso andino, ha sucedido algo parecido, el proceso integracionista andino, desde sus inicios ha sido limitado por ámbitos comerciales, ya que los Estados miembros en sus inicios del proceso integracionista ha sido limitado por la cuestión económica, en materia migratoria no existe tal delegación del Ecuador al firmar el tratado fundacional, mismo que ha sido manejado en la temática comercial, sin embargo lo señalado por César Montaña, que la normativa comunitaria derivada,

¹⁸³ Carta andina, Guayaquil, 26 de julio del 2002

¹⁸⁴ Calogero Pizzolo, "Globalización e integración" (Argentina: Sociedad anónima Editora, comercial, industrial y financiera, 2002) 161.

emanada por órganos supranacionales, tendrían este carácter solo cuando los Estados le han atribuido competencias en los tratados fundacionales, en la experiencia andina cabe citar dos ejemplos el establecimiento de un arancel externo común, y la regulación de la propiedad industrial;¹⁸⁵ para finalizar habría que recurrir al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en relación al tema migratorio, pero es el mismo tribunal el que no ha incurrido en esta temática, por falta de requerimiento de los ciudadanos de los distintos países miembros.

Resulta interesante lo que Ricardo Alonso García sostiene sobre los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario, sobre este tema señala que es necesario un catálogo de derechos fundamentales y adjudicando esa ausencia al origen de creación que fue el económico, señala que sería el tribunal de justicia quien ejercería la rectoría para la elaboración de este catálogo de derechos fundamentales, a través de sus sentencias,¹⁸⁶ recordemos que el proceso integracionista europeo cuenta con el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, así como de un Tribunal europeo de derechos humanos.

De la atribución de competencias, a la armonización de la norma comunitaria en materia de derechos fundamentales.

La eficacia del derecho Comunitario Andino derivado, en materia de movilidad humana, presupone la existencia de medios para acceder a su tutela efectiva, se trata de mirar al Sistema de Integración Comunitario como un órgano competente para garantizar derechos de los ciudadanos de los diferentes Estados miembros.

Un proceso de integración profunda o supranacional, como es el caso de la Comunidad Andina, al menos en lo tocante a su espíritu marcado en los tratados fundacionales, requiere lograr la armonización de políticas y de amplios sectores de los ordenamientos jurídicos estatales, especialmente de aquellos que permiten la consolidación del mercado comunitario mediante la eliminación de las restricciones y barreras entre Estados Miembros.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Calogero Pizzolo, “Globalización e integración” (Argentina: Sociedad anónima Editora, comercial, industrial y financiera, 2002) 352

¹⁸⁶ García. Ricardo Alonso, “Derecho Comunitario y derechos nacionales autonomía, integración, e interacción” (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999). 172

¹⁸⁷ César Montaña Galarza, “La jurisprudencia del tribunal de justicia de la Comunidad Andina en materia de armonización legislativa: el caso del impuesto al valor agregado”, (Ponencia presentada en el IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur, Quito, 20 y 21 de septiembre de 2012).

Bajo la premisa de esta cita textual de César Montaña, abarco a las políticas migratorias, es decir para eliminar las restricciones a la libre movilidad que cada Estado miembro deberá preocuparse por producir esta armonización normativa, resulta interesante recalcar que para Pizzolo los principios generales del derecho comunitario siempre los encontramos en los considerandos y en los primeros artículos de los tratados fundacionales formando parte de su espíritu,¹⁸⁸ para Montaña la armonización de la norma comunitaria sería parte de su espíritu.

La armonización normativa para Edison Toro sería:

Un instrumento que permite llegar al cumplimiento de los objetivos trazados en el proceso de integración comunitaria, debido a que los Estados Miembros, por la propia dinámica de su ejercicio de soberanía, tienen barreras legislativas y políticas que impiden, en principio, la construcción del edificio integracionista.¹⁸⁹

Sin embargo, encuentro dos conceptos producidos por el mismo autor, en su tesis de maestría, claro está no son contrarios, pero el segundo define más bien el producto alcanzado por la armonización como la modificación de los sistemas jurídicos nacionales, producidos por los órganos de integración comunitaria, con el objeto de producir legislación homogénea, de esta manera concuerdo con el concepto elaborado por el doctor Toro, elaborado bajo la influencia del tratado constitutivo del Acuerdo de Integración Subregional Andino. De esta manera, la armonización se produciría entre las normas nacionales, con las normas de derecho comunitario, para que su aplicación sea forzosa y permita controlar su cumplimiento.

En palabras de Edison Toro, para enfrentar la categoría de la armonización normativa, los órganos del proceso de integración comunitario, deberá ser investida con suficiente normativa comunitaria, para acercar el ordenamiento jurídico interno con los objetivos del proyecto integracionista,¹⁹⁰ por lo tanto es el derecho comunitario andino derivado que tendrá que producir normativa suficiente, pero sobre todo eficaz que pueda ser armonizada, sin vacíos legales; los objetivos que son planteados por la Comunidad

¹⁸⁸ Calogero Pizzolo, "Globalización e integración" (Argentina: Sociedad anónima Editora, comercial, industrial y financiera, 2002) 352

¹⁸⁹ Edison Toro, "Problemas constitucionales que plantea la armonización normativa en la Comunidad Andina" (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2013), 37

¹⁹⁰ Edison Toro, "Problemas constitucionales que plantea la armonización normativa en la Comunidad Andina" (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2013), 35

Andina concuerdan con su finalidad que es el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes, y es el mismo derecho comunitario a través del Acuerdo de Integración Subregional Andino, que señala que para alcanzar su finalidad, a través de sus objetivos, se utilizará “la *armonización* gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes.”¹⁹¹

En el Acuerdo de Integración Subregional Andino, sobre armonización de las políticas económicas y coordinación de los planes de desarrollo, contiene los principios y reglas que los países miembros utilizarán, con el objetivo de acercar sus legislaciones en el cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de Integración Subregional Andino.¹⁹²

Una vez producido el proceso de armonización, “las leyes nacionales se tornan convergentes entre ellas, para el cumplimiento de los objetivos del proceso de integración.”¹⁹³

El proceso de armonización consta de que cada Estado miembro realice el correspondiente ordenamiento legislativo, es la comunidad la que fija un plazo prudencial, para que los Estados ajusten sus normas a las normas comunitarias, no es que la Comunidad Andina cambie estas disposiciones internas directamente más bien se basa en éstos plazos considerables.

Sin embargo, si el Estado miembro no ajustase normativa interna, según el procedimiento de armonización, es la norma comunitaria la que entra a regular obligatoriamente, para los estados miembros de la Comunidad Andina; además, el Estado miembro que no adecuo su legislación al régimen de armonización puede ser requerido por la Comunidad Andina.

De la misma manera esta detallado en el Art. 3 del Acuerdo de Integración Subregional Andino, norma fundacional de la Comunidad Andina, establece que para alcanzar los objetivos del Acuerdo se emplearán varios mecanismos y medidas, entre otras: “b) La armonización gradual de políticas económicas y sociales³⁸⁸ y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes,” y que más adelante en el mismo cuerpo legal comunitario en el Art. 58 señala que:

¹⁹¹ Decisión 563 Acuerdo de Integración Subregional Andino. G.O 940 del 1 de julio del 2003.

¹⁹² Decisión 563 Acuerdo de Integración Subregional Andino. G.O 940 del 1 de julio del 2003.

¹⁹³ César Montaña Galarza, “La jurisprudencia del tribunal de justicia de la Comunidad Andina en materia de armonización legislativa: el caso del impuesto al valor agregado”, (Ponencia presentada en el IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur, Quito, 20 y 21 de septiembre de 2012).

La Comisión, a propuesta de la Secretaría General y tomando en cuenta los avances y requerimientos del proceso de integración subregional, así como el cumplimiento equilibrado de los mecanismos del Acuerdo, aprobará normas y definirá plazos para la armonización gradual de las legislaciones económicas y los instrumentos y mecanismos de regulación y fomento del comercio exterior de los Países Miembros que incidan sobre los mecanismos previstos en el presente Acuerdo para la formación del mercado subregional.

Siendo estas disposiciones amplias que abarcan el campo económico, como el social, lo más oportuno en la coyuntura andina, la armonización en materia de movilidad humana laboral, en tanto en cuanto, en relación a la movilidad humana en la Comunidad Andina, la circulación de personas es un requisito indispensable para la constitución del Mercado Común, y para la consolidación del espacio económico comunitario.

Es preciso reiterar que el artículo 4 del Tratado Constitutivo del Tribunal de Justicia de la CAN (TJCAN) dispone expresamente que: Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN, se comprometen asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación. En este sentido, el TJCAN en el Proceso 2-IP-88 ha advertido que el derecho comunitario andino no deroga leyes nacionales ‘tan sólo hace que sean inaplicables las que resulten contrarias’. Es de esta manera que las normas andinas son directamente aplicables en los países que conforman la Comunidad Andina.

Considerando que la Armonización sería un mecanismo para alcanzar los objetivos planteados en el tratado fundacional de la Comunidad Andina, objetivos que llevarán al cumplimiento del fin plasmado en derecho comunitario originario,¹⁹⁴ que es el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos de los diferentes Estados miembros de la comunidad, en este marco el profesor César Montaña señala que el proceso de armonización deberá observar postulados mínimos como el principio fundamental constitucional del Estado, en el caso ecuatoriano, el principio rector de un Estado constitucional de derechos y justicia social, y de la misma manera garantizar principios básicos en materia migratoria como el principio de la ciudadanía

¹⁹⁴ Derecho comunitario originario, que ya se ha señalado que es el tratado fundacional.

universal¹⁹⁵ que conlleva varios postulados como el reconocimiento del derecho a migrar y por lo tanto la deslegitimación de la calificación de ilegal por su condición migratoria.

Así, partiendo de la premisa de que es la Constitución la que permite o no al Estado participar de las relaciones internacionales. En el caso ecuatoriano, la Constitución del 2008, en el Art 416 numeral 1, señala que las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional representa a los intereses del pueblo ecuatoriano por lo tanto proclama la integración; el numeral 10 del mismo artículo, promueve la conformación de un orden global multipolar, con la participación de bloques económicos y políticos regionales; el numeral 11 impulsa prioritariamente la integración de la región andina¹⁹⁶. En el capítulo tercero del mismo título, en el Art. 423 numeral 7, señala que el Ecuador favorecerá la consolidación de organismos de carácter supranacional.

En este mismo sentido, César Montaña sostiene que es la Constitución la que nos permite relacionarnos en varios niveles internacional, subregional e intracomunitario, y que por lo tanto la exigencia sería que pase por un control de constitucionalidad¹⁹⁷ y posteriormente la aprobación por parte del parlamento nacional¹⁹⁸.

Sobre la armonización de la norma comunitaria, en materia de migración, se han pronunciado en las diferentes decisiones que como se ha dicho tiene el carácter de vinculante, considerando que es de suma importancia para el proceso integracionista, y señala por ejemplo el Consejo andino de ministros de relaciones exteriores, “que es necesario armonizar las disposiciones relativas a la identificación, de las personas dentro de la subregión, para facilitar la adopción de medidas tendientes a permitir su libre circulación”¹⁹⁹ así mismo, “que es indispensable mantener una adecuada armonía, entre la normativa comunitaria andina de seguridad social y de migración laboral”²⁰⁰; de la

¹⁹⁵ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. VIII, Relaciones Internacionales, cap. primero, “Principios de las relaciones internacionales”, Art 416 numeral 6 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.): 183

¹⁹⁶ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. VIII, Relaciones Internacionales, cap. primero, “Principios de las relaciones internacionales”, Art 416 numeral 6 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.): 183

¹⁹⁷ Montaña. César, “Manual de derecho tributario internacional”, Serie Estudios Jurídicos Volumen 25ª (Quito –Ecuador, Corporación Nacional Editora, 2006), 343

¹⁹⁸ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. VIII, Relaciones Internacionales, cap. segundo, “tratados e instrumentos internacionales”, Art 418-419 ([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.): 185

¹⁹⁹ Decisión 503 Reconocimiento de documentos nacionales de identificación G.O 680 del 28 de junio del 2001.

²⁰⁰ Decisión 583 Sustitución de la Decisión 546, Instrumento Andino de Seguridad Social, G.O 1067 del 13 de mayo del 2004.

misma manera en materia migratoria la Comisión del Acuerdo de Integración Subregional Andino, señala: “que es conveniente, armonizar el formato e información contenidos en los documentos de control migratorio, que son utilizados por los países miembros.”²⁰¹ Son las decisiones de la Comunidad Andina en materia migratoria la que regula esta armonización, que al estar ligadas con el proceso integracionista, también serán un proceso, creo que bastante amplio.

En tal sentido, debe asegurarse la efectiva vigencia de una administración descentralizada del proceso integracionista en cada uno de los países miembros a través de la aplicación y/o implementación de las decisiones y resoluciones comunitarias por parte de los distintos niveles jerárquicos de cada gobierno, haciendo prevalecer siempre, y en todos los casos, el principio de la supremacía de la normativa comunitaria frente a cualquier otra norma nacional que se le oponga o colisione.

En consecuencia, esto significa que el cumplimiento del derecho comunitario andino no sólo debe quedar reducido a la labor exclusiva de las administraciones públicas nacionales. Todas las instancias nacionales, con independencia de su nivel jerárquico, están obligadas a garantizar la supremacía de las normas comunitarias en el desarrollo de sus funciones en sus respectivos ámbitos de competencia.

Para concluir el tema de la armonización me parece acertado hacer alusión a las recomendaciones que en su obra “Manual de derecho tributario internacional”, hace César Montaña, una de esas conclusiones fue hacer una clasificación de las especies del género decisión, dando diversos alcances y efectos respecto de los Estados miembros y sus ordenamientos jurídicos.²⁰² Aproximación de la norma, dice César Montaña que este sería un instrumento para el cumplimiento de los objetivos señalados en el Art. 3 del Acuerdo de integración subregional andino, además señala que cuando el acuerdo dice que para alcanzar los objetivos se recurrirá a la armonización, lo que la norma internacional se refiere a que se requerirá la aproximación de las legislaciones nacionales, de esta manera por el momento en la coyuntura comunitaria se empleará la aproximación de las legislaciones nacionales, hasta por el carácter político, en materia migratoria, resalta la responsabilidad internacional y nacional del Ecuador para hacer efectivo el principio de la ciudadanía universal, que conlleva el despojo de contenidos discriminatorios a los seres

²⁰¹ Decisión 397 “Tarjeta Andina de Migración (TAM)” G.O 229 del 30 de septiembre de 1996.

²⁰² Montaña. César, “Manual de derecho tributario internacional”, Serie Estudios Jurídicos Volumen 25^a (Quito –Ecuador, Corporación Nacional Editora ,2006), 352

humanos por su condición migratoria, de esta manera será oportuno por el momento viable la aproximación, hasta llegar a la armonización de la norma nacional.

2.3.- Análisis de las decisiones de la CAN, en los países miembros de la Comunidad Andina en los casos Colombia-Ecuador. Acuerdo Bilateral- Estatuto Migratorio Permanente, entre Colombia y Ecuador.

Las decisiones de la Comunidad Andina en materia de migración varían entre la migración temporal y la permanente, decisiones que al ostentar el carácter de vinculantes son de obligatorio cumplimiento para los Estados miembros de la Comunidad Andina,²⁰³ así como para los ciudadanos andinos.

Existen varias decisiones respecto a la temática migratoria, la Comunidad Andina ha tratado de crear derecho comunitario con el fin mismo de precautelar el bien jurídico protegido por la Comunidad Andina, que es el mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes,²⁰⁴ es decir del ciudadano andino y lo hace mediante la integración y la cooperación económica y social. Recordando lo que se sostenía en el tema anterior que en materia migratoria por ser parte de los derechos fundamentales, tendrían el carácter de jus cogen comunitario, claro está si partimos de la falta de delegación de competencia específica.

Son las decisiones de la CAN, las que clasifican la migración intracomunitaria, según las actividades que vayan a realizar los ciudadanos andinos migrantes, en el país receptor o país de inmigración; como el de turista andino, y el de trabajador migrante andino, sin perjuicio de que todos los ciudadanos de los distintos países miembros tienen derecho a ingresar a otro país de la Comunidad Andina.

A. Turista andino.

Podrá ingresar a otro país de la comunidad, sin visa o pasaporte, solo presentando su documento de identidad²⁰⁵, tiene derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad, derecho a ser admitido por un período de hasta 90 días (válido para aplazamiento una sola vez y por igual tiempo) sin tener que someterse a controles adicionales, y el deber de llevar la tarjeta andina de migración, esto es de carácter

²⁰³ Decisión 563 Acuerdo de Integración Subregional Andino. G.O 940 del 1 de julio del 2003.

²⁰⁴ Decisión 563 Acuerdo de Integración Subregional Andino. G.O 940 del 1 de julio del 2003.

²⁰⁵ Esto para realizar trámites civiles, judiciales y administrativos en el país de inmigración.

obligatorio, y el pasaporte andino en caso de migrar fuera de la región andina, pero éste migrante tiene expresa prohibición de trabajar.

B. Trabajador Migrante Andino.

En relación al estatus migratorio del trabajador andino, las ciudadanas y los ciudadanos andinos tienen el derecho de trabajar en otro país miembro de la Comunidad Andina, con un contrato de trabajo bajo relación de dependencia, con los mismos derechos que un ciudadano nacional.

Sin embargo, para el pleno ejercicio de éste derecho siempre se deberá suscribir el contrato de trabajo en el país receptor, consecutivamente deberá el trabajador andino presentarse ante la autoridad del trabajo, esto para efectos de registro y control, con el cumplimiento de este requisito podrán obtener su visa, para tener una permanencia regular.

El trabajador migrante andino tiene derecho a recibir similar trato e igualdad de oportunidades que los ciudadanos nacionales, no ser discriminado por razones de nacionalidad, raza, sexo, credo, condición social u orientación sexual; ser miembro de un sindicato y a participar en las negociaciones colectivas; derecho a la libre movilidad y establecimiento como trabajador bajo relación de dependencia, incluyendo los miembros de tu familia; transferir libremente²⁰⁶ los ingresos provenientes de tu trabajo y las pensiones alimenticias; que las rentas provenientes de tu trabajo sólo sean gravadas en el país andino donde las generó el trabajador; libre acceso a las instancias administrativas y judiciales para ejercer y defender sus derechos; contar con los beneficios de seguridad social, en la misma condición que los nacionales.

La movilidad del ciudadano andino forma parte del proceso integracionista de la Comunidad andina, con este fin se han dictado una serie de decisiones que regulan y controlan la movilidad en la región andina, a palabras de Agustín Grijalva, que señala que estas decisiones han sido creadas para facilitar la libre circulación, discrepo en la calificación constructiva a las decisiones de la Comunidad Andina, las cuales a criterio personal, no solo mantienen la discriminación, manteniendo el estatus migratorio entre legales e ilegales, sino que también burocratizan la circulación de personas andinas, rompiendo de un solo plumazo con todos posicionamientos de la Comunidad Andina.

²⁰⁶ Esto es sin impuestos.

2.3.1. Decisiones en materia migratoria de la Comunidad Andina.

La Decisión 583²⁰⁷ sustituye a la decisión 546 sobre la seguridad social, estando vigente en la actualidad el Instrumento Andino de Seguridad Social, en materia de seguridad social que tanto anhela el trabajador y más aún un habitante que se encuentra en situación de vulnerabilidad, es una de las decisiones que brinda al trabajador migrante una reivindicación muy necesaria para su estadía en el país receptor, ésta bajo los principios internacionales de reciprocidad, y de igual trato, busca proteger y dar viabilidad a un sistema de seguridad social andino, en donde los trabajadores laborales por el hecho de salir de su país de origen no pierdan sus aportaciones tan merecidas durante la venta de su fuerza de trabajo, este derecho consiste en percibir las prestaciones sanitarias como económicas durante la residencia en el país receptor, para el migrante laboral como para sus beneficiarios. Cabe señalar que todo lo concerniente a este derecho será bajo la legislación del país receptor, ya que es en el territorio de ese país en donde efectúa su actividad laboral.

Decisión 550.²⁰⁸ Creación del comité andino de identificación y Estado Civil, que trata de un intercambio de información.

Decisión 548.²⁰⁹ Mecanismo andino de cooperación en materia de asistencia y protección Consular y asuntos migratorio, con el propósito de defender a los ciudadanos andinos que se encuentren fuera de la Comunidad Andina, y que se encuentren afectados por la violación de cualquier derecho humano, garantía individuales o normas laborales, a través de la protección consular. Los ciudadanos andinos tienen derecho a La orientación y defensa jurídico-legal primaria sobre el ordenamiento normativo del país en el que te encuentres y, de ser el caso, se te procure la defensa de oficio del país receptor; recibir colaboración para gestionar la asistencia material y de salud por parte de las autoridades de beneficencia del país en el que te encuentres, en caso de estar en situación de abandono económico y social; Ser ubicado a solicitud de familiares o de autoridades pertinentes de tu país de origen. Para la facilitación de esta labor, es importante que

²⁰⁷ Decisión 583 “Sustitución de la Decisión 546, Instrumento Andino de Seguridad Social”, GO. 1067 del 13 de mayo del 2004.

²⁰⁸ Decisión 550 “Creación del Comité Andino de Identificación y Estado Civil (CAIEC)”, GO. 938 del 27 de junio del 2007.

²⁰⁹ Decisión 548 “Mecanismo Andino de Cooperación en materia de Asistencia y Protección Consular y Asuntos Migratorios”, GO.938 del 27 de junio del 2007.

figures registrado en las oficinas consulares respectivas; la obtención de un salvoconducto para retornar a tu país de origen o residencia, en caso de pérdida del pasaporte, previa autorización del Ministerio de Relaciones Exteriores de tu país de origen; que se vele por el bienestar y las condiciones adecuadas de detención de aquellos ciudadanos andinos que se encuentren encausados, procesados, detenidos o sentenciados en la jurisdicción de la oficina consular correspondiente, así como de la aplicación del debido proceso y el derecho a la defensa; que se informe a las autoridades del país de origen del ciudadano andino en situación de indigencia sobre dicha situación, para coordinar, de ser el caso, acciones que se deriven de ello, incluyendo el iniciar los trámites de repatriación; que se preste asistencia a aquellos ciudadanos andinos que son víctimas de catástrofes naturales, estados de guerra, o de delitos internacionales, tales como la trata de personas.

Decisión 545.²¹⁰ Instrumento andino de migración laboral. Aplicable principalmente a migrantes legales. Es importante señalar que este instrumento regula la libre circulación de ciudadanos andinos bajo 3 características taxativa que la una depende de la otra, como la permanencia, fin laboral y relación de dependencia.

De esta manera esta decisión clasifica a los trabajadores en: Trabajador con desplazamiento individual, aquel que ha suscrito un contrato de trabajo o tener una oferta de trabajo; trabajador de empresa aquel que se traslada por un periodo superior a 180 días, y por orden del empleador; trabajador de temporal, aquel que se traslada para ejecutar actividades estacionales con un contrato de trabajo; y el trabajador fronterizo aquel que teniendo su actividad laboral en el país de inmigración, se traslada continuamente a su país, cuando el migrante laboral ingrese al país de inmigración deberá acceder a los órganos de control para que sea “calificado” con la condición de trabajador andino con esto se facilita la incorporación del trabajador, y para cumplir con los demás requisitos del país de inmigración, en el caso del Ecuador cumplir con el contrato por escrito obligatorio y demás, según el Código del Trabajo. Basados en el principio de igual trato, sin discriminación, sin embargo existe una cláusula de salvaguardia que permite la restricción al acceso del empleo. La decisión cuenta con un programa de liberación que según el Acuerdo de Integración Subregional Andino tiene por objeto eliminar las restricciones de todo orden,²¹¹ este programa de liberación de la decisión 545²¹² parte del

²¹⁰ Decisión 545 “Instrumento Andino de Migración Laboral”, G.O 938 del 27 de junio del 2003

²¹¹ Decisión 563 “Acuerdo de Integración Subregional Andino”, G.O 940 del 1 de julio del 2003.

²¹² Decisión 545 “ Instrumento Andino de Migración Laboral”, G.O 938 del 27 de junio del 2003

reconocimiento que hacen los Estados miembros a la libre circulación de los trabajadores migrantes andinos dentro de la subregión, y de las medidas que deben tomar para eliminar todas las restricciones al derecho a la libre circulación y permanencia para los trabajadores migrantes andinos y el programa consta de periodos de tiempo superados ya en la actualidad y son:

- Los trabajadores migrantes andinos de empresa y los de desplazamiento individual, podrán desplazarse siempre que cumplan los trámites necesarios.
- Los trabajadores de temporada podrán movilizarse sin necesidad de visa por un periodo de 90 días, prorrogables por un periodo igual y por una sola vez, así mismo siempre y cuando cumplan con los trámites en el país de inmigración.
- Siempre que superen la prórroga, los trabajadores andinos deberán tener un contrato de trabajo, registrado en el país de inmigración.

Por lo tanto serán las instituciones de cada Estado miembro, las competentes para controlar y hacer efectiva esta decisión.

Es importante señalar que incluye una serie de derechos comunes a todos los trabajadores migrantes, como la consagrada en el Art. 10, 11, 12, 13 de la Decisión 545 respectivamente, el igualdad de trato y oportunidades; la seguridad social; el pago de prestaciones sociales; la sindicalización y negociación colectiva; protección a la familia del trabajador migrante, transferencia de sus fondos producto de su trabajo.

Y la del Art. 15 que señala que en ningún caso el estatus migratorio, de un ciudadano andino, menoscabaran derechos laborales, derechos que serán exigidos.

Decisión 504.²¹³ Creación del pasaporte andino, como un documento de viaje, bajo la premisa de unión comunitaria entre los nacionales de los Estados miembros.

Decisión 503.²¹⁴ Reconocimiento de documentos nacionales de identificación. Los ciudadanos andinos podrán ingresar en cualquier Estado miembro, con solo la presentación de sus documentos de identificación, sin embargo cada país tiene sus documentos de identificación, debería ser uno solo, hablamos del ciudadano andino, no del ciudadano colombiano que ingresa al Ecuador, además para efectos de ésta decisión

²¹³ Decisión 504 “Creación del Pasaporte Andino”, G.O 680 del 28 de junio del 2001.

²¹⁴ Decisión 503 “Reconocimiento de documentos nacionales de identificación”, G.O 680 del 28 de junio del 2001.

los ciudadanos andinos gozaran de los mismos derechos que los nacionales, sin perjuicio de las normas nacionales de migración, orden interno, seguridad nacional y salud pública. Regula el proceso migratorio de turistas por lo tanto la migración temporal, definiendo al turista como aquella persona que ingresa en un país miembro sin ánimo de residencia, cualidad que le prohíbe realizar actividades lucrativas tanto como trabajador en relación de dependencia como aquel que es parte del subempleo. Vigencia: 1 de enero de 2002. Categoría migratoria: Turismo

Decisión 502.²¹⁵ Creación de los centros Binacionales de atención en frontera en la Comunidad Andina, centros físicos que sirven para el registro, monitoreo y control del flujo personas, equipajes, mercancías y vehículos.

Decisión 501:²¹⁶ creación de las zonas fronterizas en la Comunidad andina, son los ámbitos territoriales fronterizos adyacentes de los países miembros de la Comunidad Andina, en las que se ejecutarán planes, programas y proyectos para impulsar su desarrollo de manera conjunta, compartida y coordinada.

Decisión 398:²¹⁷ sobre el transporte internacional de pasajeros por carretera, tiene que ver con el vehículo que se traslada de un estado miembro a otro.

Decisión 397:²¹⁸ Tarjeta andina de migración, tarjeta que servirá para el control migratorio y estadístico de uso obligatorio, para el ingreso y salida de personas de los Estados miembro de la Comunidad Andina, además se presentara el pasaporte, visa u otro documento de viaje.

Considerando que estas decisiones forman parte de la normativa vigente de la Comunidad Andina, y por lo tanto son vinculantes, esto implica que las Decisiones son directamente aplicables y de efecto inmediato pues no requieren ser aprobadas por el Poder Legislativo de los Países Miembros para ser de obligatorio cumplimiento a partir del día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Integración Subregional Andino, salvo expresa disposición contenida en la propia norma andina.

²¹⁵ Decisión 502 “Centros Binacionales de Atención en Frontera (CEBAF) en la Comunidad Andina”, G.O 680 del 28 de junio del 2001.

²¹⁶ Decisión 501 “Zonas de Integración Fronteriza (ZIF) en la Comunidad Andina”, G.O 680 del 28 de junio del 2001.

²¹⁷ Decisión 398 “Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, sustitutoria de la Decisión 289”, G.O 243 del 27 de enero de 1997.

²¹⁸ Decisión 397 “Tarjeta Andina de Migración (TAM)” G.O 229 del 30 de septiembre de 1996.

Además de tener efecto inmediato, las Decisiones y Resoluciones son exigibles ante el Tribunal de Justicia de la CAN, ante los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (SAI) y ante los tribunales nacionales e instancias administrativas de los Países Miembros.

Una persona natural o jurídica tiene la facultad de exigir el cumplimiento de la normativa supranacional, directa e inmediatamente ante cualquier instancia nacional o comunitaria, bajo el principio de aplicabilidad directa y de efecto inmediato, logrando una protección eficaz, en el cumplimiento del Derecho Comunitario, sin embargo dejar al arbitrio de la legislación nacional su tratamiento, conlleva a seguir atrasando el proceso integracionista.

Siguiendo con nuestro estudio precisamos que debido al objeto de las organizaciones supranacionales, los estados miembros tienen el deber de dotar de poderes o competencias a la entidad de integración y, al mismo tiempo, de resignar en parte su autonomía e independencia respecto a los estados que no son miembros.²¹⁹

2.3.2. Estatuto Migratorio Permanente, entre Colombia y Ecuador.

Firmado en Bogotá, el 24 de agosto del 2000.

Realizaremos un breve análisis sobre el alcance que brinda este tratado a la temática sobre migración, de esta manera, los primeros artículos tratan de diferenciar entre una migración temporal, de una permanente, regulando una serie de requisitos básicos como para la migración temporal, esta categoría de emigración se la realizara sin visa, hasta 180 días de permanencia en el país receptor, sin perjuicio de presentar su cedula de identidad para cualquier trámite²²⁰ administrativo, judicial y de comercio, los migrantes permanentes podrán pedir una prórroga de 180 días adicionales dentro de un año calendario.

Transcurrido los plazos, la persona inmigrante podrá seguir trabajando hasta por tres meses, pero con ciertas condiciones, como: que el trabajo sea en las Zonas de Integración Fronteriza (ZIF), que comprenden el Departamentos de Nariño y Putumayo en la República de Colombia y las Provincias de Imbabura, Sucumbíos, Esmeraldas y el

²¹⁹ César Montaña, Problemas Constitucionales de las Integraciones Supranacionales. Análisis del caso Andino” (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador), 89.

²²⁰ ¿El Estatuto permanente, los llama tramites lícitos, pero quien va a regular en un tratado bilateral tramites ilícitos?, será que más bien ya se está visibilizando la mala fe del migrante?

Carchi en la República de Ecuador²²¹; y además , con un contrato de trabajo,²²² bajo esta condición se podrá solicitar la visa, documento que le convierte a la persona migrante en regular y que dependerá de la legislación nacional del país receptor.

En relación a la migración permanente, señala el Estatuto, que esta categoría migratoria será indefinida y para obtenerla el migrante laboral deberá ser propietario de una finca raíz en el país receptor, y con este requisito podrá obtener por una visa de residente, lo más inadmisibles de este tema es que para el trabajador del agro²²³ deberá presentar su afiliación a un instituto de seguridad social, por seis meses al parecer deberá permanecer con estatus migratorio irregular para acceder a esta visa de residencia y solo en las Zonas de Integración Fronterizas, que pasa con los migrantes laborales que trabajan en el agro en distintos puntos del territorio del país receptor?.

El Art. 9 del Estatuto señala que los migrantes que se acojan o a la visa temporal o al a visa de residencia, deberán presentar su record policial, esto ya es lamentable, sin embargo el decreto ejecutivo 1166, en la disposición general y única, señala que se prohíbe la exigencia de record policial o antecedentes penales, para cualquier trámite público como privado,²²⁴

En el caso de la migración colombiana al Ecuador, las personas colombianas deberán obtener su pasado judicial, señalado en el Decreto Ejecutivo 218²²⁵ de Colombia, certificado que incluye sentencias condenatorias, existencia de procesos penales en sus distintas etapas, ordenes de captura, autos de detención, medidas de aseguramiento, a palabras de Carlos Torres quien señala que esta suma de variados antecedentes, son erróneos ya que solo las sentencias condenatorias en calidad de ejecutoriadas, son propiamente las que representan estos antecedentes penales²²⁶.

²²¹ Estatuto Permanente de migración Colombia-Ecuador. <<http://www.cancilleria.gob.ec/estatuto-migratorio-permanente-entre-ecuador-y-colombia-garantiza-derechos-de-los-ciudadanos-de-ambos-estados/>>. visita última vez 19 de julio del 2016.

²²² Contrato que dependerá de la voluntad del empleador, y no del trabajador migrante.

²²³ Campesino

²²⁴ Ecuador. Presidencia de la República, “reemplazase la especie valorada de certificado de antecedentes policiales personales por certificado de antecedentes penales” [2012], disposición general única, Quito: Registro oficial 716, 2012

²²⁵ Colombia, Presidencia de la República, “Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Seguridad” [2000], Art. 15 numeral 4, Santa Fe de Bogotá Decreto 218, 15 de febrero de 2000.

²²⁶ Carlos Augusto Torres, “Inconstitucionalidad del record policial o registro de antecedentes personales en el Ecuador”, (tesis de grado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador), 32

En la práctica, este documento se exige para trámites de visa y para el ingreso al Ecuador, causando un perjuicio a la persona en movilidad, observando un documento que en realidad no evidencia efectivos antecedentes penales.

Este capítulo, reconoce la importancia de la armonización de la norma como una herramienta para la eficacia de la norma comunitaria en materia de migración, partiendo de que la principal característica de la armonización es que nos permite llegar al cumplimiento de los objetivos trazados en el proceso de integración, por lo tanto si se armoniza la norma comunitaria, partiendo primero de la creación numerosa de la norma comunitaria en materia migratoria, se podrá verificar una norma nacional coherente con la norma comunitaria.

CAPÍTULO TERCERO

La inmigración del trabajo femenino colombiano en el Ecuador. Sus efectos

En este capítulo, se aborda la inmigración laboral de mujeres colombianas en el Ecuador, bajo un análisis basado en las varias entrevistas a colombianas inmigrantes en el Ecuador, que trabajan tanto en relación de dependencia, como sin ella, se realizó esta investigación en las mujeres colombianas por ser ellas las que tienen mayor porcentaje de inmigración en el Ecuador, en calidad de trabajadoras.

3.1.- De las teorías migratorias, a la visibilidad de la mujer

En el segundo capítulo se había sostenido que las migraciones que se producen de Colombia a Ecuador, son migraciones intracomunitarias, por producirse dentro de los países de la Comunidad Andina, la migración intracomunitaria puede ser temporal en el caso del turismo y permanente en el caso de la migración laboral, porque el migrante cambia su residencia, que para este efecto es la última la que nos interesa, sosteniendo que es la cuestión económica un factor de expulsión.

De esta manera, también pudimos señalar en el primer capítulo, que para algunos autores como Douglas Massey, Joaquín Arango y Gina Benavides el fenómeno migratorio no cuenta con una teoría general, sino que más bien el fenómeno migratorio es analizado según su particularidad, que buscan explicarla desde varios enfoques, por lo tanto no tratare de encajar a la migración femenina colombiana en algunas de las teorías de Joaquín Arango, sino más bien tratarla de explicar desde la práctica y tratar de buscar una causa que argumente la migración femenina colombiana al Ecuador, partiendo del factor económico como causa para producir la migración.

En esta perspectiva, Gina Benavides, citando el análisis crítico de las teorías migratorias desde una perspectiva de género de Eva Jiménez Juliá, señala que los teóricos clásicos nos enseñaron algunos factores básicos de la migración²²⁷, entre ellos está el de Ravenstein, que describe el proceso migratorio y a la par es innegable señalar que Eva

²²⁷Gina Benavidez, “Mujeres inmigrantes en el Ecuador”, (Quito, Corporación editora nacional, 2015), 17.

Jiménez en su obra nos dice que este autor, se dio cuenta que en su época ya había migración femenina y que superaba a la de los varones, sin embargo no le dio el valor que requería; otro de los teóricos clásicos es George Zipf, que no va más allá de una fórmula matemática que medía la distancia, dando el mismo valor al movimiento de personas con el movimiento de las mercancías; Samuel Stouffer, este teórico menciona que las oportunidades para migrar son diferentes para varones y mujeres, estando presente las relaciones de poder, en las voluntades de migrar; ésta es la aportación más importante en este enfoque. Everett Lee; señala que el factor básico de la migración está en los procesos de expulsión y atracción, a pesar de que su argumento es que se debería tener presente el ciclo vital de la migración y el proceso de la toma de decisiones, y aunque este sería un punto válido para el análisis de género, el autor no trata esta diferencia.²²⁸

Estos autores, divisan la existencia de la migración femenina, y coinciden con esta existencia, pero no logran hacer un análisis, es decir visibilizan los flujos migratorios de la mujer que son más cuantiosos que los flujos migratorios de los varones, pero no lo hacen con una perspectiva de género.²²⁹

Siguiendo el mismo camino teórico, los modelos neoclásicos de Harris y Todaro, sostuvieron como único factor migratorio el laboral, sin tomar en cuenta la división sexual del trabajo, como causa de la migración;²³⁰ Wilbur Zelinsky señala que el movimiento de las personas está ligada a un factor de crecimiento económico,²³¹ que por lo tanto las migraciones de las mujeres era un hecho ajustado al desarrollo.

Jiménez señala, que estas teorías anteriores fueron formuladas antes del advenimiento del feminismo de la segunda ola,²³² estas teorías fueron modificadas partiendo de los 70s, que reivindicaron el vacío existente de las teorías migratorias²³³ anteriores, que sabiendo la existencia de la migración femenina, no se abordó desde una perspectiva de género femenino.

²²⁸Eva Jiménez Juliá, “ Una revisión crítica de las teorías migratorias desde la perspectiva de género” (Galicia, Centro de Estudios Demográficos, 1998), 5-6

²²⁹Herramienta que nos permite visualizar y reconocer las relaciones jerárquicas y desiguales entre varones y mujeres, determinando su subordinación.

²³⁰Sin tomar en cuenta que la causa originaria de la migración fue la división social del trabajo.

²³¹Eva Jiménez Juliá, “Una revisión crítica de las teorías migratorias desde la perspectiva de género” (Galicia, Centro de Estudios Demográficos, 1998), 7.

²³² Feminismo de la Segunda Ola, basado en el sufragismo y que tuvo de todo un poco. Nuria Valera, “Feminismo para principiantes”, (España, Ediciones B, s.a, 2013), 53.

²³³ Eva Jiménez Juliá, “ Una revisión crítica de las teorías migratorias desde la perspectiva de género” (Galicia, Centro de Estudios Demográficos, 1998), 1

Gina Benavides, señala que en los aportes contemporáneos sobre migración, partiendo de la existencia de la migración femenina, no se visibiliza a la mujer, sino que más bien la incorporan al término genérico de migrantes, la movilidad humana ha implicado siempre en mayor o menor porcentaje la participación de las mujeres, considerándolas como dependientes de los varones.

Con la introducción del análisis que hacían visible los comportamientos determinados por el sexo en relación a la migración, es cuando se empieza a examinar el comportamiento diferencial por sexos, Lin Lim, señala que con el incremento de la migración femenina, y la importancia de las remesas que las migrantes enviaban, impulsaron a incorporarla en los modelos masculinos; sin embargo dice la autora que para poder entender la migración femenina es necesario tener una visión de la situación de las mujeres implicadas,²³⁴ que para este efecto hay que escuchar a las migrantes trabajadoras. Para comprender la importancia de lo enseñado por Jiménez me quedaré con el factor macro para poder analizar la migración laboral ya que la autora aborda la temática económica, de género y legal.

Para concluir, Jiménez señala que dentro del factor macro existen factores socioculturales, que como dice la autora es necesario plantearse a la migración entre dos modelos patriarcales diferentes, que por lo tanto es necesario analizar el patriarcado en cada sociedad; el factor económico sigue siendo el factor más importante, y sostiene que existen autoras como Saskia Sassen y Lin Lim que tratan los factores económicos integrándolos en las migraciones femeninas, y dice: “todas ellas señalan que la globalización económica ha favorecido y potenciado unos flujos migratorios femeninos; el factor legal, nos enseña desde donde se ha desarrollado la política migratoria, y dice la autora que estas política responden a la concepción patriarcal de cómo deben desarrollarse las relaciones de género.”²³⁵

Bajo estos parámetros teóricos críticos de Eva Jiménez, al respecto señala Gina Benavidez que fueron los estudios feministas que han contribuido al estudio del fenómeno de la migración, introduciendo la variable género, como una categoría de análisis, que

²³⁴Eva Jiménez Juliá, “ Una revisión crítica de las teorías migratorias desde la perspectiva de género” (Galicia, Centro de Estudios Demográficos, 1998), 9

²³⁵ Eva Jiménez Juliá, “ Una revisión crítica de las teorías migratorias desde la perspectiva de género” (Galicia, Centro de Estudios Demográficos, 1998), 11

permiten conectar una variedad de factores y niveles que intervienen en la movilidad humana.

En este ámbito podemos señalar que no es suficiente con visibilizar la migración femenina, hay que analizarla desde varios escenarios, en los que las mujeres en movilidad se desarrollan; a este respecto, me pareció muy importante analizar el proceso de permanencia en el país de destino y el factor de producción que ellas desempeñan en ese país, para esto es menester señalar que en la subregión andina son las mujeres colombianas las que tienen mayor porcentaje de migración, en calidad de trabajadoras.

Partiendo de esta premisa, me permito plasmar algunos datos importantes que indicaría el escogimiento de las mujeres colombianas, para el 2014, el total de la población migrante al Ecuador es de 1.297.994 varones y de 1.528.672 mujeres, siendo los flujos migratorios mayores correspondientes a los países limítrofes.²³⁶

Colombia, es el país que ocupa el primer lugar como país de procedencia, con 421.342 migrantes, correspondiente a un 27,06% de población colombiana que entra al Ecuador; y el Perú con 306.367 correspondiente a un 19,58% de población peruana que entra al Ecuador.

Así mismo, las estadísticas demuestran que en el Ecuador existen en el 2014 198.228 colombianos y 169.851 colombianas²³⁷, a diferencia del país vecino Perú que tiene 102.524 peruanos y 72.881 peruanas, siendo esta la razón del interés por analizar la población femenina colombiana, según esta información la población de otra nacionalidad con mayor presencia en el Ecuador es la Colombiana, luego le sigue Perú.

²³⁶ Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos INEC, Anuario de entradas y salidas internacionales 2014, (Quito: Dirección de Estadísticas sociodemográficas, 2014).

²³⁷ *Ibidem*.

Grafico 3.

Entrada y salida de extranjeros por sexo y según nacionalidad.

Nacionalidad	Entradas			Salidas			Saldo
	Total	Hombres	Mujeres	Total	Hombres	Mujeres	
América del Sur	800.664	444.446	368.108	776.187	430.324	344.843	26.387
Argentina	58.591	34.033	24.558	58.317	33.886	24.431	274
Bolivia	6.514	3.739	2.775	6.404	3.668	2.736	110
Brasil	21.772	14.360	7.412	21.435	14.176	7.259	337
Chile	43.871	25.310	18.561	43.202	24.999	18.203	669
Colombia	368.079	198.228	169.851	353.722	190.484	163.238	14.357
Paraguay	1.766	902	864	1.695	867	828	71
Perú	175.405	102.534	72.881	169.065	98.503	70.562	6.340
Surinam	110	72	38	105	70	35	5
Trinidad y Tobago	299	171	128	300	173	127	-1
Uruguay	4.384	2.883	1.501	4.271	2.835	1.436	113
Venezuela	119.763	62.223	57.540	116.651	60.663	55.988	3.112

Elaboración: Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos INEC.

Fuente: Anuario de entradas y salidas internacionales 2014.

Grafico 4.

Entrada y salida de extranjeros por país de procedencia en el 2014.

No.	País de Procedencia o Destino	Extranjeros			
		Entradas 1/		Salidas 2/	
		Número	%	Número	%
1	Colombia	421.342	27,06	381.012	25,72
2	Perú	306.367	19,68	291.256	19,66
3	Estados Unidos	265.655	17,06	257.936	17,41
4	Venezuela	88.196	5,66	98.339	6,64
5	Panamá	77.339	4,97	54.377	3,67
6	España	62.238	4,00	55.047	3,72
7	Argentina	45.325	2,91	49.115	3,32
8	Chile	36.787	2,36	37.693	2,54
9	Cuba	35.763	2,30	25.767	1,74
10	Holanda (Países Bajos)	32.621	2,10	17.059	1,15
11	México	28.213	1,81	29.105	1,96
12	Brasil	18.353	1,18	23.314	1,57
13	El Salvador	14.221	0,91	8.013	0,54
14	Canadá	13.625	0,88	20.449	1,38
15	Haití	12.699	0,82	458	0,03
16	Alemania	10.451	0,67	16.668	1,13
17	China Republica Popular (I	8.906	0,57	9.686	0,65
18	Reino Unido	7.503	0,48	12.518	0,84
19	Francia	7.233	0,46	11.278	0,76
20	Otros	64.144	4,12	82.395	5,56
	*/ TOTAL:	1.556.991	100,00	1.481.485	100,00

Elaboración: Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos INEC.

Fuente: Anuario de entradas y salidas internacionales 2014.

De esta manera, como pudimos observar en el gráfico dos, del capítulo dos, en relación a que Ecuador es el país con mayor representatividad en la inmigración colombiana, siendo las mujeres colombianas residentes en el Ecuador las que representan un 52,8 % de la población, los varones un 48,2 %, de los inmigrantes que pueden ser registrados y controlados a través de las instituciones públicas ecuatorianas como es el Ministerio de Relaciones Exteriores,²³⁸ o el Ministerio de Trabajo.²³⁹ La estadística visibiliza la participación de la mujer en la migración, pero esta no ha avanzado hacia el análisis de género, al respecto me pareció tan acertado el comentario de Eva Jiménez cuando señala que la cuestión femenina solo ha llegado a ser contabilizada, pero no desde una óptica feminista, y como señala Alda Facio en relación a la poca estadística que existe sobre nosotras, dice: necesitamos conocer nuestra realidad, desde nosotras mismas.²⁴⁰

El 60% de los inmigrantes están en países desarrollados y el 40% en países en desarrollo,²⁴¹ es decir ese cuarenta por ciento de migrantes se distribuyen en América del Sur, y las mujeres tienen mayor representación entre los migrantes cualificados, es decir un trabajo con especificidad de conocimiento ligada a la productividad, las obreras se ven en la necesidad de producir más, sin aumentar las obreras, ni los salarios.

Sin embargo, partiendo de que ya en este siglo podemos observar que son las migraciones laborales femeninas las más realizadas, seguimos tomando al migrante varón como el único competente para migrar, las mujeres son relegadas al cuidado y a la protección de tradiciones familiares,²⁴² que como dice Alejandra Kollontai actividades de ninguna relevancia económica por lo tanto improductivas.

Más del 90% del total de migrantes internacionales está constituido por el factor laboral, 48 % de los migrantes internacionales son mujeres, quienes cada vez con mayor frecuencia, migran por motivos laborales para mejorar su vida y la de sus hijos e hijas,²⁴³ así lo sostiene Jorge Martínez cuando señala que las causas para migrar y la

²³⁸ En el visado, regulando su estatus migratorio.

²³⁹ Controlando y registrando la dependencia laboral de las migrantes.

²⁴⁰ Alda Facio, "Cuando el género suena, cambios trae, una metodología para el análisis de género del fenómeno legal", (San José, ILANUD, 1992), 21

²⁴¹ Entre estos países en desarrollo esta Colombia y Ecuador, como punto de partida para este trabajo.

²⁴² Es todo el trabajo doméstico y la crianza de los hijos e hijas.

²⁴³ Organización Internacional del Trabajo, Migración laboral internacional: Un enfoque basado en los derechos. (Suiza: OIT). <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/media-centre/issue-briefs/WCMS_248866/lang--es/index.htm#src> última visita 22 de agosto del 2017.

asignación de género a las labores reproductivas hace que el marco familiar sea un factor importante para determinar la migración de las mujeres, tanto para mantener el rol de cuidado o en procesos de ruptura, que por lo general terminaron insertándose como fuerza laboral independiente al de su compañero de vida. Por lo tanto es un hecho lamentable, seguir siendo consideradas como dependientes asociadas a una pareja o la familia, relegadas siempre a un papel pasivo²⁴⁴ en el fenómeno migratorio; cuando son las mujeres quienes en la actualidad migran.

Esta causa económica es producto de la globalización, que tiene como representante al sistema capitalista, enfocando al migrante como fuerza de trabajo, entendido como la energía humana empleada en el proceso de trabajo.

Es la globalización, que ha logrado que la mujer forme parte de la fila de los asalariados del mundo, con la división social del trabajo²⁴⁵ y la división sexual del trabajo²⁴⁶ que ha confinado a las mujeres a la explotación laboral, sin quitarle el peso del trabajo doméstico; Alejandra Kollontai sostenía que cualquiera sea el tipo de sociedad que estudie, el estatuto social de las mujeres, está determinado; por el papel que juegan en la producción.²⁴⁷

Es importante el análisis materialista de la historia, propuesta por Alejandra Kollontai, porque la historia de las mujeres, es decir la historia de las condiciones sociales, económicas y políticas con una perspectiva de género, hacen posible y necesaria la liberación de la mujer, pero sobre todo de nuestras tareas como mujeres y fortalecer una visión que más adelante se podrá construir.

Dada la especial importancia de las migraciones desde un factor económico, como lo es la migración laboral, el rol de producir que se le otorgó al varón, ha logrado que el trabajo de la mujer sea muy poco estudiado y lo que es peor muy poco difundido.

Es por eso que es importante un análisis materialista de la situación de la mujer, y para esto Alejandra Kollontai señala que solo revisando los distintos estados de la sociedad, o las fases de desarrollo socio económico,²⁴⁸ se puede explicar que la ausencia

²⁴⁴Castillo Murrle, Diana, coord. *Mujer y migración: la voz de las mujeres andinas migrantes*. (Bogotá: Fundación Esperanza, 2013) 8.

²⁴⁵Smith, Adam, “Investigación sobre la naturaleza y causa de la Riqueza de las Naciones”, (España, Oikostau, 1976), 88

²⁴⁶ Kollontai, Alejandra, “Sobre la liberación de la mujer”, (España, Editorial Fontamara, 1979), 131

²⁴⁷ *Ibíd.*, 14

²⁴⁸ Comunismo primitivo; esclavismo; feudalismo y el capitalismo

de derechos, las limitaciones de prerrogativas de las mujeres, no son producto de sus cualidades naturales, sino que más bien, esta situación de dependencia y falta de emancipación, es explicada desde el punto de vista del trabajo que les fue atribuido en una sociedad dada, por lo tanto hay una relación de la participación de la mujer en la producción y su situación en la sociedad.

Así, en el Comunismo Primitivo, las tareas de varones y mujeres eran las mismas, no existía dependencia de la mujer al varón, ni siquiera tenía derechos distintos; es a partir de la primera división del trabajo entre agricultura y caza que la mujer es separada de sus estatus, las mujeres de las tribus agrícolas eran veneradas y ostentaban derechos, se podía señalar que se vivía en matriarcado, todo lo contrario con las tribus de pastores en los que la mujer era confinada al cuidado de la manada cazada, esto degeneró en la apropiación de unas tribus por otras, originado el matrimonio forzado, el rapto de la mujer, por lo tanto sostiene Kollontai que es efectivamente el papel que desempeña la mujer en la producción lo que la hace portadora de derechos, y facultades.²⁴⁹

Con el aumento de la productividad y, la acumulación de riquezas, se produjo el fin del Comunismo Primitivo dando paso a otra etapa de la humanidad: el Esclavismo, caracterizado por el advenimiento de la propiedad privada, el comercio y las clases sociales, una vez que la mujer pierde su estatus en la economía, como proveedora de producción para su pueblo, y con el comercio que trajo consigo la búsqueda de la ganancia, se apartó a la mujer de la producción, confinándola como esclava en la agricultura.

Por lo tanto, no es posible hablar de la mujer en la producción sin determinar antes su pertenencia de clase, la cuestión de género se manifiesta de manera distinta cada clase social y tratar de globalizar el problema de la discriminación y la desigualdad sería perder lo más reivindicativo que es la lucha de clases sociales y esto traería consigo encubrir los determinantes económicos.

Posteriormente, surgió el feudalismo, con la lucha de una clase con otra, en donde el esclavo ya no entregaba todo lo producido por él, sino más bien pagaba una especie de impuesto, y ahora se lo llamara siervo, el papel de la mujer debía también ser considerado según la clase a la que pertenece, la mujer de la nobleza era oprimida en su vida privada,

²⁴⁹Kollontai, Alejandra, “Sobre la liberación de la mujer”, (España, Editorial Fontamara, 1979), 43-59

al tener un marido para cuidar el linaje, en cambio la sierva exenta de derecho y oprimida, ya que estas no participaban de la economía y de la producción.

Es en la siguiente etapa, el capitalismo, que surgió por la lucha de clases, es en donde la mujer accede a un trabajo productivo, en el período de transición al capitalismo se profundizó la emigración de los obreros.

El capitalismo ha creado nuevas clases sociales, que se encuentran en pugna constante: burguesía y proletariado que a palabras de Marx son los que venden su fuerza de trabajo al capitalista, por lo tanto este sistema procuraba tener mayor número de trabajadoras, para obtener mayor producción con bajo costo en el pago de la fuerza de trabajo femenina utilizada, colocando a la mujer a formar parte de la gran fila de asalariados, esto produjo un incremento del trabajo femenino a base de explotación laboral, es decir la suma de horas de trabajo no pagadas, que aumentaba en función del crecimiento de la mano de obra (asalariadas), y la prolongación de las jornadas de trabajo.

En el manifiesto del Partido Comunista, Marx y Engels, señalan que en todos los estados de la sociedad, existen divisiones del trabajo y mientras más divisiones, más aumenta la cantidad de trabajo, bien por el aumento de la jornada o bien por el trabajo exigido en una jornada, esto degenera en un trabajo fastidioso, produciendo bajos salarios.²⁵⁰

La mujer se disponía a resistir una triple opresión, como es la ausencia de derechos en el Estado, y la sociedad, y en su familia, producto del sistema de producción capitalista. Y claro, las mujeres eran contratadas pero con salarios inferiores al de los varones de su clase.

En el siglo XX, los obreros adquieren conciencia de clase y piensan que las mujeres no son su competencia sino que pertenecían igual que ellos a la clase obrera, y el capitalismo surgió precisamente de la emigración de la fuerza de trabajo disponible para la acumulación de capital.²⁵¹ ***“La emigración siempre ha sido y es una constante del capitalismo, la forma más brutal de la movilidad de la fuerza de trabajo asalariada.”***²⁵²

El capitalismo, ha sido incapaz de desarrollar una sola de sus tendencias hasta el fin, esto significa que mientras empuja a la mujer al ámbito de la producción lo hace con

²⁵⁰ Carl Marx y F. Engels, “manifiesto del Partido Comunista”, (Editorial Progreso, Moscú, 1890), 38.

²⁵¹ Kollontai, Alejandra, “Sobre la liberación de la mujer”, (España, Editorial Fontamara, 1979), 159

²⁵² Miguel A. Montes, “migraciones, fronteras y capitalismo” <<https://marxismoleninismo.wordpress.com/2013/03/03/capitalismo-y-migraciones/>> última visita 22 de agosto del 2017.

salarios inferiores al de su compañero, por la misma tarea, para que de ese modo baje los salarios de su compañero, como conjunto de clase, significa que mientras impulsa la feminización de la fuerza de trabajo lo hace sin quitarles a las mujeres la responsabilidad histórica del trabajo doméstico y la crianza de los hijos e hijas, trabajo no remunerado, recargándolas con una doble jornada laboral.

Con la división del trabajo, se abrió las puertas al trabajo no cualificado, y cuando el empleador contrataba, a trabajadores inexpertos, elegía lógicamente a la fuerza del trabajo que le resultaba menos costosa y que produjera más, esto es las mujeres y los niños,²⁵³ y claro en la división del trabajo según Adam Smith se produce un progreso de la capacidad productiva del trabajo, más habilidad, más destreza, mientras más especificidad más producción, especificidad del conocimiento, pero dice el autor que se produce un incremento en el trabajo y que lo puede realizar el mismo número de personas, y que se ahorra tiempo.²⁵⁴

Además, con la división sexual del trabajo operado por el capital dentro de la fábrica, las actividades dotadas de menor calificación son destinadas a las mujeres trabajadoras inmigrantes y negras, es decir a los sectores más oprimidos y “descalificados” de la clase trabajadora, dice Cecilia Toledo refiriéndose a Ricardo Antunes.²⁵⁵

Es el capital quien califica que si es trabajo femenino o es trabajo masculino, es definida a partir de lucrar más, inclusive aprovechándose del estatus migratorio.

Para finalizar, es el análisis materialista que descarta como argumento biológico, una supuesta debilidad o la reproductividad como causa de desigualdad, solo hay desigualdad económica en la propiedad privada y en la opresión de la mujer en el ámbito laboral.

Ya Engels explicaba, que el origen de la desigualdad no es la fuerza, sino la forma de producción, lo que determina el problema femenino.

Por lo tanto, podemos concluir que es a raíz de la primera división del trabajo cuando se producen las grandes migraciones, y que de esta manera se origina la división

²⁵³ Kollontai, Alejandra, “Sobre la liberación de la mujer”, (España, Editorial Fontamara, 1979), 131.

²⁵⁴ Smith, Adam, “Investigación sobre la naturaleza y causa de la Riqueza de las Naciones”, (España, oikos-tau, 1976), 88.

²⁵⁵ Toledo, Cecilia, “Mujeres: El género nos une, la clase nos divide”, <<https://www.marxists.org/espanol/tematica/mujer/autores/toledo/2001/genero.htm>> última visita 22 de agosto del 2017.

forzosa sexual del trabajo, confinando a la mujer a tareas frágiles para ellas, y tareas robustas para él, en ninguna de las distintas etapas de la sociedad la mujer forma parte de la producción.

Sin embargo, es en el capitalismo cuando la mujer pasa a ser una asalariada, la mujer no nació oprimida, su opresión coincide en la historia con el surgimiento de la opresión y explotación del conjunto de hombres y mujeres que trabajan.²⁵⁶ Para fortalecer este argumento Andrea D'Atri sostiene que la opresión de la mujer es un hecho social, histórico y perfectamente comprobable en los distintos sistemas de producción por los que ha corrido la historia de la humanidad, es cierto que las mujeres resistimos un cúmulo de discriminaciones legales, educativas, culturales, políticos, sexuales, y de otro tipo, pero existen evidentes diferencias de clases. El origen de la desigualdad sexual, como el de cualquier otro tipo de desigualdad, es social y económica.

Es significativo, revisar brevemente la situación de la mujer trabajadora en el capitalismo ecuatoriano, con el único objetivo de poder hacer relación con las tendencias del sistema capitalista en general, no ha cambiado el proceso, este es el resultado de una constante lucha de clases, burguesía contra proletarios; la clase obrera empieza cuestionándose su situación de subordinación, y la situación de la mujer ecuatoriana, tiene mucho que ver con la cuestión laboral y que se va construyendo con el proceso del movimiento obrero-gremial, un ejemplo claro de esta lucha de clase en la que participaron mujeres reivindicando derechos de clase como de género femenino es la gran huelga general del 15 de noviembre de 1922, en que la historia registra 200 mujeres asesinadas.²⁵⁷

En los 70s, con la motivación clasista de una sociedad más equitativa para los y las trabajadoras del Ecuador, fue involucrando a la mujer a la lucha social, las diferentes organizaciones de trabajadores incorporan espacios de reivindicación de género, y es en 1984 que el Frente Unido de Trabajadores; forma el FUM,²⁵⁸ organizaciones que empezaban a exigir derechos de las mujeres en el ámbito laboral, en esa época también es importante reconocer la presencia del movimiento indígena, también unido a la

²⁵⁶Toledo, Cecilia, “Mujeres: El género nos une, la clase nos divide”, <<https://www.marxists.org/espanol/tematica/mujer/autores/toledo/2001/genero.htm>> última visita 22 de agosto del 2017.

²⁵⁷Nela Martínez, conferencia que dicta en el Encuentro de mujeres en el Ecuador, organizado por la FDM.1991

²⁵⁸ Frente Unido de Mujeres, organización reconocida legalmente.

izquierda ecuatoriana y de tinte marxista, que a la par de las obreras y los obreros luchaban por condiciones laborales más justas, como horarios de trabajo, guarderías para los hijos e hijas de los y las trabajadoras, jubilación de la mujer a los 25 años de trabajo, licencia de maternidad por 12 semanas, y es así que tenemos un Código de Trabajo que ha sido producto de las reivindicaciones cruentas de la clase obrera, código que servirá también para la protección de las migrantes trabajadoras.

Resulta interesante poder revisar brevemente el papel que ha tenido la mujer, en estos procesos reivindicativos que han logrado de una u otra manera ir rompiendo con esos roles de género, y es a través de estas reivindicaciones que la mujer va tomando decisiones, y entre esas está la de migrar, y por otro lado la decisión de formar parte de la producción, que la vuelve independiente; así como también saber que lo que produjo ese confinamiento es la división del trabajo y saber que el sistema de producción capitalista lo está fortaleciendo.

3.1.1. La población trabajadora inmigrante en el Ecuador.

Pudimos observar que la mujer es la que toma la decisión de migrar y lo hace por un factor económico, en la búsqueda de mejores condiciones de vida, la población colombiana inmigrante en el Ecuador que se encuentra trabajando es de 368.079 personas, en relación con el Perú, que tiene 175.405, siendo la población migrante colombiana la que ocupa el primer lugar como país andino.

En la temática de ocupación de las trabajadoras inmigrantes no se pudo visibilizar a las mujeres, las mujeres fueron encajadas en las ocupaciones de los varones colombianos, con el genérico “colombianos”, más bien son estadísticas de ocupación de la migración, pero no de ocupación de la mujer. La ocupación de colombianos inmigrantes esta subclasificada en diferentes áreas productivas como técnicos, personal administrativo, personal de servicios,²⁵⁹ trabajadores del agro, operarios y artesanos, operadores de maquinaria, sin embargo existe un monto de colombianos inmigrantes que son improductivos y de esos 30.611 son amas de casa,²⁶⁰ ahí si aparece la mujer como si el trabajo doméstico nos perteneciera.

²⁵⁹ vendedores

²⁶⁰ Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos INEC, Anuario de entradas y salidas internacionales 2014, (Quito: Dirección de Estadísticas sociodemográficas, 2014).

Para concluir señalaré que la crítica que hace Jiménez sobre la contabilización de las mujeres sin una perspectiva de género,²⁶¹ ha permeado hasta nuestras realidades, es decir podemos observar que dentro de las estadísticas que maneja el Ecuador en relación a la migración colombiana estas son superadas por las mujeres, pero son solo eso, estadísticas, sin ningún análisis más profundo, por ejemplo en la temática de la ocupación de los migrantes sabemos cuántos colombianos en general trabajan y en que ocupación, pero las estadísticas no van más allá de mostrarnos cuantas mujeres se encuentran produciendo y en que ocupaciones se encuentran, y claro además de que las estadísticas nos muestran un mundo en donde existe legalidad y control; pero nos ocupamos de las mujeres indocumentadas?, y la respuesta es negativa, porque las indocumentadas son explotadas, manteniendo un salario inferior al de su compañero, sin embargo las estadísticas no nos muestran la cantidad de mujeres que se encuentran trabajando en el Ecuador, ni en qué variedad de trabajo se encuentran; y de esas cifras tampoco nos exponen cuantas de ellas están bajo óptimas condiciones laborales, ese es el espacio en donde las mujeres migrantes se encuentran en vulnerabilidad y que debe ser protegido por el Estado ecuatoriano; para Jorge Martínez Pizarro, es de suma importancia para la migración contemporánea la visualización cuantitativa de la mujer, para la reestructuración de mercados laborales, y señala que a pesar de que se visibilizarían las políticas migratorias que corresponden a los Estados ignoran a menudo la visión de género,²⁶² las migraciones como todos los fenómenos contemporáneos, han sido enfocados mediante categorías abstractas como individuos, familias migrantes, población migrante, o trabajadores migrantes sin tomar en cuenta el sexo de las personas protagonistas, ni las construcciones sociales que se derivan,²⁶³ de éste fenómeno como por ejemplo la cuestión laboral.

En palabras de Gina Benavides que señala que en el Ecuador existe estudios sobre la emigración a Europa, y en relación a las mujeres inmigrantes, el estudio se ha centrado sobre la temática de las refugiadas, y ubicadas en las zonas de fronteras, bajo parámetros de roles, relaciones de género, dificultades de integración por procesos de exclusión,

²⁶¹Herramienta teórico-metodológica, desarrollada para analizar los significados, prácticas, símbolos y representaciones, y normas que las sociedades establecen a partir de las diferencias biológicas.

²⁶²Jorge Martínez Pizarro, “ El mapa migratorio de América Latina y el Caribe, las mujeres y el género”, (Santiago de Chile, CEPAL, 2003), 19

²⁶³ Centeno, Rebeca, “El orden social de género y las migraciones laborales: una relación necesaria”, (publicaciones y revistas sociales, No.73, 2006): 88

discriminación y desigualdad,²⁶⁴ poco se ha dicho sobre la explotación que resisten las mujeres migrantes en el Ecuador, bajo nuestra Constitución garantista, que crea mecanismos para poder corregir los defectos de la aplicación de la norma de extranjería, por otro lado es necesario evidenciar que hay insuficientes estudios sobre migración femenina desde la Comunidad Andina, ya que los análisis están centrados en las investigaciones de la migración sur-norte, la mayoría de estudios, investigaciones sobre las mujeres migrantes provienen de análisis relacionados a la inmigración en España y esto producto del auge de la migración que tuvo en los 90s, por lo general la migración colombiana es estudiada ligándola a la guerra civil que vive Colombia, creo que es urgente un análisis de clase que visibilice esta otra cara de la migración, que radica en la permanencia en el país de destino, y esto tiene mucho que ver con la forma en la que las mujeres migrantes son explotadas por sus condiciones de trabajadora, migrante y mujer.

En la actualidad, es necesario estudiar el género porque al ser considerado como un orden social que demuestra desigualdad y exclusión social, para lo considerado femenino, y que por lo tanto el género deberá ser analizado con otras instituciones como el mercado mundial y la migración, que son instituciones creadas a partir del protagonista varón.²⁶⁵

Para concluir, cuando revisaba las teorías sobre las migraciones femeninas, me doy cuenta que son estudiadas desde el feminismo, es decir con la única variable de género, pero cuando le relaciono con el factor producción, esto me permitió muy atrevidamente encajarlo con un análisis de clase, me pareció importante tomar esta mirada de la migración, ya que el género tiene varios tintes, por lo tanto la burguesía femenina no crea las condiciones materiales para la transformación de la sociedad como tal, de su estructura, más bien van formulando reformas a la ley, o reformas y cambios de las más variadas materias para acabar con la subordinación, la explotación, pero el feminismo ha tenido varios años de lucha en donde no han cambiado las condiciones materiales de explotación.

²⁶⁴Gina Benavidez, “Mujeres inmigrantes en el Ecuador”, (Quito, Corporación editora nacional, 2015), 21

²⁶⁵ Centeno, Rebeca, “El orden social de género y las migraciones laborales: una relación necesaria”, (publicaciones y revistas sociales, No.73, 2006): 88

3.2.-La migración del trabajo femenino desde Colombia a Ecuador. Análisis cualitativo

El aporte de este tema, es poder a través de estas entrevistas a mujeres en movilidad, hacer un muestreo de otra realidad que resisten las mujeres andinas en materia de derecho comunitario, y que es lo que puede lograr este organismo internacional en la protección y protección de los derechos de las mujeres migrantes dentro de la Comunidad Andina, para contribuir al derecho comunitario andino, a través de una visión poco analizada como es la migración laboral andina, a través de las decisiones en materia migratoria, que como ya se dijo, forman parte del derecho comunitario andino y por lo tanto, son de carácter vinculante para los Estados miembros, y que por lo tanto, a través de la armonización de la norma se pueda recibir en mejores condiciones jurídicas a las personas en movilidad, no solo a las personas colombianas, sino más bien a todas y todos los que se encuentran en vulnerabilidad y estos son los migrantes.

De entre los pocos estudios realizados a las migraciones intracomunitarias, el trabajo sobre mujer y migración de la Coordinadora, Diana Castillo, realiza una mirada bastante completa sobre el proceso migratorio andino, al analizar los factores de emigración de las mujeres andinas, la autora nos enseña que la migración andina también puede ser forzada y voluntaria; para la investigación señalada, la mayoría de las mujeres fueron migrantes voluntarias y en menor cantidad la migración forzada.²⁶⁶

Por lo tanto, la migración intracomunitaria forzada será cuando las mujeres no tuvieron ninguna posibilidad de oponerse a la migración internacional, como las asiladas y refugiadas; y por otro lado la migración o salida voluntaria dice la autora es multifactorial, como un factor de violencia estructural de género y/o factor económico.

Sin embargo en los dos factores es el mejoramiento de su calidad de vida la que les empuja a migrar, y se puede recoger de este estudio que la migración económica se puede considerar forzada cuando en el país de origen, no se presentan las condiciones básicas para vivir.²⁶⁷ Me parece interesante plasmar la idea de Rebeca Centeno, cuando nos enseña que la migración desde el punto de vista económico, es necesario indagar la

²⁶⁶ Castillo Murrle, Diana, coord. *Mujer y migración: la voz de las mujeres andinas migrantes*. (Bogotá: Fundación Esperanza, 2013) 45.

²⁶⁷ Castillo Murrle, Diana, coord. *Mujer y migración: la voz de las mujeres andinas migrantes*. (Bogotá: Fundación Esperanza, 2013) 49.

dinámica laboral de la mano de obra, y las condiciones en que se inserta en la economía de los mercados globales.²⁶⁸

3.2.1. Análisis cualitativo de las inmigraciones de colombianas en el Ecuador

Este análisis se divide en tres momentos, el aspecto económico, que abarca la temática de la decisión; el estatus migratorio que abarca la cuestión del visado y de su legalidad; y el tema laboral que abarca la triple explotación de la que más adelante podremos verificar.

3.2.1.1. El factor económico

Entre los motivos que originaron la salida de las personas colombianas al Ecuador, fueron principalmente las relacionadas al factor económico, el elemento dolarización en el Ecuador ayuda a comprender que la migración de colombianas al Ecuador, se produce con fines laborales, fue necesario analizar la presencia de la Constitución del 2008, que como ya se dijo en el segundo capítulo es una Constitución garantista en materia de movilidad, “yo sabía que en el Ecuador se gana en dólares, pongamos la remuneración básica unificada aquí y ahora, es de USD 366,00 dólares que convertidos a peso resulta que triplica un básico allá, así pude educar a mis hijos en Colombia, y cubrir todos sus gastos”²⁶⁹.

La moneda favorece mucho la inmigración en el Ecuador, recordemos un poco como actúa el tema cambiario, cada país tiene una moneda en la que vienen expresados los precios de sus bienes y servicios como por ejemplo el dólar de los Estados Unidos, moneda que deberá tener un precio en dólares, el tipo de cambio se expresa en dos formas: primero como el precio de la moneda extranjera en términos de dólares, es decir cuántos dólares cuesta un peso colombiano, y en segundo lugar como el precio de los dólares en términos de la moneda extranjera, cuantos pesos compro con un dólar,²⁷⁰ por lo tanto el tipo de cambio sirve para convertir los precios expresados en moneda extranjera, cualquier variación del tipo de cambio de un país, implica una variación en el sentido

²⁶⁸Centeno, Rebeca, “El orden social de género y las migraciones laborales: una relación necesaria”, (publicaciones y revistas sociales, No.73, 2006): 8.7

²⁶⁹Carola, Inmigrante colombiana, entrevistada por María Augusta Patiño, Cuenca, 29 de agosto del 2016.

²⁷⁰Krugman. Paul y Obstfeld. Maurice, Economía Internacional. Teoría y política (Madrid, McGraw-Hill, 1998), 403.

opuesto en los tipos de cambio de los otros países, en los respectivos precios en moneda nacional.²⁷¹ Por lo tanto el precio de una remuneración ecuatoriana, en pesos colombianos se obtiene de la siguiente fórmula RBU²⁷² multiplicamos por el tipo de cambio variable en pesos colombianos.

En algunos casos, como el de Carolina fueron originados más bien en sentido afectivo, “todo era producido por él, si comíamos, era por él; si teníamos la dicha de vivir en una casa, era por él; si me vestía, era por él, todo era gracias a que él trabajaba y yo me quedaba en la casa cuidando de nuestra hija, me cansé”²⁷³.

Sin perjuicio de tener un **trasfondo** económico, es como nos enseña Kollontai que dependerá del papel que realiza la mujer en la producción lo que la hará acreedora de derechos, es porque ella no producía, es decir no aportaba económicamente ni al hogar, ni a la sociedad, sin mirar que el aporte que ella hacía era en el rol de reproducción, por lo tanto los aspectos afectivo-sentimental-subjetivo, degeneran en un factor económico, tanto en el país de origen como en el país receptor.

Todas sin excepción alguna, coinciden en que en su país la situación laboral era precaria, y que el Ecuador tiene por ahora beneficios legales como el seguro social público, y sobre todo estabilidad laboral, esto sobre todo si se encuentran legalmente en el país, es decir con una visa que les permita trabajar, y esto según la ley de extranjería que es la visa de inmigrante de categoría IV que les permite trabajar en relación de dependencia o sin relación de dependencia como es el caso del subempleo, ley que sigue siendo la base del actual régimen migratorio.

Esta ley que señala que para poder acceder a la visa de trabajo, el solicitante deberá contar con un contrato de trabajo indefinido, y la certificación del Ministerio del Trabajo, señala la norma que el empleador deberá justificar la necesidad de contratación del migrante, quien deberá contar con conocimientos especializados, o en su defecto el empleador podrá alegar a su favor las “funciones de confianza”, que son una manera muy legítima de explotar a sus trabajadores, ya que este trabajador no cuenta con horario de trabajo y por lo tanto no tendrá pago o recargo alguno por trabajar en horas que excedan lo permitido por la ley.

²⁷¹ Krugman. Paul y Obstfeld. Maurice, Economía Internacional. Teoría y política (Madrid, McGraw-Hill, 1998), 408.

²⁷² Remuneración Básica Unificada.

²⁷³ Carolina, Inmigrante colombiana, entrevistada por María Augusta Patiño, Cuenca, 29 de agosto del 2016.

La visa de no inmigrante de categoría VI, IX, y XI trabajadores en general y actos de comercio, con las mismas características del visado para inmigrantes, con la diferencia que hace la ley en la calidad de inmigrante y no inmigrante, por lo tanto para la ley de extranjería el inmigrante es el que puede realizar actividades lícitas en el Ecuador, puede trabajar y adquirir el domicilio político y esto en base al ánimo de radicarse; el no inmigrante es el que realiza actividades lícitas en el país, puede trabajar pero todo esto temporalmente.

Tanto el inmigrante o residente como el no inmigrante o visitante temporal solicitan la admisión al Ecuador, pero es la ley de extranjería la que pone una distinción jurídica por la única cuestión del sistema de domicilio, de esta manera es la ley de extranjería la que califica de domicilio a la residencia más el ánimo de permanecer en ella, así el no inmigrante por no tener el ánimo de permanecer en el Ecuador no tiene la calidad de ciudadano y no será parte de la sociedad ecuatoriana.

Como vemos, es la ley de extranjería caduca la que permite discriminación y por lo tanto explotación laboral, el migrante no podrá recurrir a esta clase de visado por los requisitos ineficaces, porque mientras encontraban su visa de inmigrante que les permitía trabajar,²⁷⁴ no les pagaban lo legal, sin embargo prefieren ganar su salario básico unificado en dólares de los Estados Unidos de Norte América, y cuando quieran regresar a su patria, lo hacen durante poco tiempo, “ para nosotras el Ecuador es Estados Unidos chiquito, con la inmensa fortuna de regresarnos a ver a nuestras familias cuando queramos y traer bienes para poder comercializarlos acá”²⁷⁵.

El sistema de visas determina el reconocimiento de derechos, que por lo tanto reconoce a un varón solvente, bajo los parámetros del exitismo, y en cambio a la mujer no se visibiliza, la única consideración es como parte de la familia, y dependiente del varón jefe de hogar.²⁷⁶

Sin embargo estas migrantes no podrán trabajar, además esta visa se perderá por el divorcio, completamente una norma androcéntrica, si partimos de lo que Alda Facio en su análisis de género del fenómeno legal nos enseña, que podemos calificar de androcentrista a cualquier ciencia que enfoca la perspectiva masculina como una experiencia humana, pero estoy segura que es producida por un sistema económico

²⁷⁴ Categoría cuatro.

²⁷⁵ Antonia, Inmigrante colombiana, entrevistada por María Augusta Patiño, Cuenca, 29 de agosto del 2016.

²⁷⁶ Visa de amparo-visa 9 VI.

ginope, que se ha basado en la imposibilidad de ver lo femenino, así podemos señalar que no solo es la norma nacional, en materia de migración la que invisibiliza a la mujer, sin tomarla en cuenta para distintos estudios; sino que además es secundada por el derecho en general.

Basadas en las experiencias concretas que la mayoría de las personas inmigrantes colombianas en el Ecuador, tuvieron, algunas de ellas vinieron en un proceso todavía bastante tranquilo, en relación al fenómeno migratorio intracomunitario, ya que éste se empezaba a producir;²⁷⁷ sin perjuicio de que se pudo verificar la más inhumana explotación laboral en el Ecuador. Es a raíz de la Constitución del 2008 que las personas inmigrantes tienen garantías, al reconocérseles derechos fundamentales, en la práctica vemos que el ingreso al Ecuador es más fácil, y que en teoría las inmigrantes cuentan con protección estatal, sin embargo es el derecho Comunitario el que arroja a la migrante a ser tratada dentro del marco y competencias de una ley nacional y que para este efecto sería la ley de extranjería y su reglamento, que son contraías en forma y fondo a la Constitución ecuatoriana.

Otra característica dentro del factor económico fue, la toma de decisión. Se pudo verificar que a raíz de la toma de decisión de migrar por parte de la mujer es ella que quiebra los patrones de poder masculinos tradicionalmente asignados dentro de la familia, “ya me habían dicho que si me iba a Ecuador, podía mantener a mis hijos, moría de miedo, vivía entre golpes y gritos del papá de mis hijos, no tenía suficiente dinero, así que me tocaba estar junto a él, una día tome la decisión de migrar, fue muy doloroso y al mismo tiempo liberador, mi mamá se quedó con mis hijos, y yo salí de la casa, recuerdo que esa noche el papá de mis hijos me decía que jamás podía volver, nunca paso nada de unas cuantas amenazas, mi mamá cuida de mis hijos mientras yo trabajo, con los dólares que mando pago todo, su educación, la casa, su alimentación, su recreación, a veces ellos vienen, a veces yo voy, en fin, mi salida fue para bien y yo misma me digo ahora ya sin amenazas (jamás volveré).²⁷⁸

Con la decisión de migrar se transforma su vida personal, logran independencia económica, y que de esta manera se transforma las relaciones de poder que ocupan dentro de su familia, las relaciones de subordinación, y en un hecho tan simple como tomar una

²⁷⁷ Es decir la inmigración se produjo en un momento inicial cuando se empieza a analizar, investigar y visibilizar, a las migraciones Sur-Sur.

²⁷⁸ María, Inmigrante colombiana, entrevistada por María Augusta Patiño, Cuenca, 29 de agosto del 2016.

decisión, las mujeres somos discriminadas por el hecho de no poder tomar una decisión, hasta esto del proceso de la toma de decisión nos las dan pensando y actuando, pero cuando nosotras tomamos la decisión, cambia nuestra vida entera y una vez tomada la decisión, hay que trabajar y seguir tomando las riendas de nuestras vidas.

En este tema me pareció de suma importancia el aporte de –Mujer y migración, que señala que la subordinación se da en todas las esferas en donde se desarrolla una mujer como por ejemplo el papel de hija, de hermana o de esposa, sin embargo cuando empiezan a aportar económicamente, cambian su lugar de subordinación.²⁷⁹

Pero lo importante es que todo el procesos decisorio, es tomado por la cuestión económica en el país de origen.

3.2.1.2. El factor estatus migratorio.

Hay una realidad latente en el fenómeno migratorio intracomunitario, es el del estatus migratorio, es ese lapso de tiempo en el que ingresan y tramitan sus papeles, es cuando se produce la más salvaje explotación laboral en el Ecuador, “me pidieron solo la TAM, hasta legalizarme aquí, el Estado Ecuatoriano no responde eficazmente, mi TAM, caducó y no pude legalizarme, tuve que trabajar para poder pagar una visa que me permita ser contratada legalmente, fue una incertidumbre”²⁸⁰.

La dificultad más marcada está relacionada con la documentación, para estar legal en el país de origen, muchas de las veces se migra sin los papeles que requiere el país de origen, y como dice Diana Castillo en mujeres y migración, la documentación requerida dependerá de las políticas de cada país, de información y gestión de la migración, “La visa MERCOSUR, me la dieron muy rápido pero cuando quise hacer lo mismo para mi esposo, todo se complicó porque tenía antecedentes penales, fueron USD 400, 00 perdidos, no podía venir sin él”²⁸¹.

Esta dificultad, en el tema de la documentación requerida en el país de origen, suscitan violaciones a los derechos humanos de las migrantes trabajadoras, tal es el caso de la obtención de un empleo, de poder acceder al derecho de trabajo.

²⁷⁹ Castillo Murarle, Diana, coord. Mujer y migración: la voz de las mujeres andinas migrantes. (Bogotá: Fundación Esperanza, 2013) 40.

²⁸⁰ Teresa, Inmigrante colombiana, entrevistada por María Augusta Patiño, Cuenca, 29 de agosto del 2016.

²⁸¹ Karol, Inmigrante colombiana, entrevistada por María Augusta Patiño, Cuenca, 29 de agosto del 2016.

La dificultad radica, en la búsqueda de un empleador consiente de esta dinámica procesal, es decir de poder cumplir con la normativa nacional como por ejemplo la de tener un contrato de trabajo indefinido previo, de este modo para obtener un contrato, deben tener una visa y un pasaporte, por lo tanto estar en plena capacidad cognoscitiva de que sin estos documentos que requiere el Ecuador como país de origen, se está sujeto a todo tipo de abusos y explotación laboral.

Entiéndase a la explotación como: aquella relación entre clases sociales que hace referencia a la apropiación del trabajo excedente de las masas trabajadoras por parte de la clase poseedora de los medios de producción;²⁸² y esto significa a palabras de Julio César Trujillo, que no son remuneradas conforme ley laboral, esto es su salario básico unificado de USD 366,00 dólares, la seguridad social y todos los beneficios laborales²⁸³, sin importar principios básicos como el que todas las extranjeras tendrán los mismos derechos que las nacionales, o a igual trabajo, igual remuneración, “Sabía que iba a ser difícil, que me tocaría hacer tanto como estudiar y trabajar, pero jamás me imagine que tenía que dejar de estudiar para poder comer...”²⁸⁴.

Cuando las personas migrantes quedan al margen de la ley considerándose como ilegales, o como cuando no pueden apegarse a la ley, por razones económicas como el gran costo de las visas en el Ecuador por ejemplo que varían entre USD 200 a 400 dólares de los Estados Unidos de Norte América, o como cuando los procesos para adquirirlas son bastantes ineficaces porque son confusos y por lo tanto no son realizables, esto genera que las mujeres inmigrantes colombianas tengan que vivir sin documentos de residencia y trabajo, “cuando vine, fue muy duro, yo estoy aquí ya 13 años, pero cuando vine no pude legalizarme, no tenía un empleador, así que traía cosas de Colombia y vendía acá, me case con un ecuatoriano para sacar mis papeles, ese proceso duro mucho tiempo, y por más que tuve empleador él no quería ayudarme, decía que es mejor que este de ilegal, que así es más sabroso”²⁸⁵.

Esto se pudo evidenciar en las entrevistas, las mujeres que vivían ya un tiempo en el Ecuador habían ingresado en condiciones precarias sujetas a explotación y opresión,

²⁸² D’Atri, Andrea, “Oprimidas y explotadas”, Revista Lucha de Clases N° 1,(Otoño / Invierno de 1997): <<http://bibliografia-alternativa.blogspot.com/2009/05/oprimidas-y-explotadas-andrea-datri.html>> última visita 22 de agosto del 2017.

²⁸³ Trujillo, Julio César. “Elementos del Derecho Laboral Andino”.(Quito: Santo Domingo, 1973) 8

²⁸⁴ Alión, Inmigrante colombiana, entrevistada por María Augusta Patiño, Cuenca, 29 de agosto del 2016.

²⁸⁵ Caterine, Inmigrante colombiana, entrevistada por María Augusta Patiño, Cuenca, 29 de agosto del 2016.

sin embargo su condición de migrante fue cambiada a raíz de la Constitución del 2008, “era terrible me decían la colombiana, yo decía me llamo María, el trato no ha cambiado en su totalidad, todavía me miran y me discriminan por mi condición de migrante, no puede ser contratada con rapidez, ahora estoy más de dos años y entre mis compañeras y compañeros de trabajo siempre soy yo la que tengo que trabajar más porque no soy de aquí”.²⁸⁶.

Gráfico 5.

Estatus Migratorio de la inmigración colombiana femenina en el Ecuador 2016

Estatus migratorio. (actual)		
Regular	11	73%
Irregular	4	27%

Elaborado por: María Augusta Patiño.

Fuente: Investigación sobre la migración laboral femenina intracomunitaria.

En el Grafico 5. Se puede observar el estatus migratorio de la inmigración colombiana en el Ecuador, es importante reconocer que en la actualidad hay mujeres que se encuentran en situación irregular, según la norma nacional, mujeres que se encuentran totalmente vulnerables y víctimas de explotación laboral que representan un 27%, sin embargo, son más las mujeres regulares con un 73%, mujeres bajo un régimen jurídico laboral estable.

²⁸⁶ María, Inmigrante colombiana, entrevistada por María Augusta Patiño, Cuenca, 29 de agosto del 2016.

Grafico 6.

Visado, tanto como ingresaron, como en su permanencia.

Tipo de visa		
T.A.M ingreso	3	20%
V. Mercosur actual	10	66%
Visa de trabajo	2	14%

Elaborado por: María Augusta Patiño.

Fuente: Investigación sobre la migración laboral femenina intracomunitaria.

En el gráfico 6, se puede observar que hay un 20% de mujeres colombianas que ingresó con la Tarjeta Andina de Migración, y que en la actualidad el 66% se encuentran con visa Mercosur, una visa que les permite su permanencia y poder trabajar, que es lo que desean las personas colombianas cuando ingresan al Ecuador, sin embargo un 14% ostentan la visa de trabajo, una visa que pone todas las trabas de estadía, pero en las entrevistas se pudo verificar que ese 14% de mujeres que se encuentran con visa de trabajo, pudieron obtener ese tipo de visado con el respaldo del empleador aquí en Ecuador, visa que terminará cuando concluya el plazo del contrato.

3.2.1.3. El elemento laboral.

Las entrevistas fueron formuladas en dos temáticas, la una que fue en relación de dependencia, es decir cumpliendo los elementos del derechos laboral²⁸⁷; y la otra sin relación de dependencia es decir sin la existencia de un empleador, papel que será cubierto por la migrante, engrosando el trabajo del sector informal o técnicamente llamado

²⁸⁷ Cumplimiento de un horario de trabajo, recibir una remuneración por el cumplimiento de ese trabajo,

subempleo²⁸⁸, porque es un trabajo al margen de la regulación estatal, y por lo tanto de su protección.²⁸⁹

Se pudo verificar explotación laboral, ya que al no tener los documentos necesarios para poder trabajar, las mujeres colombianas eran contratadas sin un contrato de trabajo legalmente registrado ante la autoridad competente²⁹⁰, esto generaba inestabilidad laboral, remuneraciones al margen de la ley, falta de pago de los distintos recargos laborales, falta de beneficios laborales como por ejemplo el derecho a pertenecer a un sindicato falta de afiliación a la seguridad social, jornadas de trabajo que sobrepasaban las permitidas por la ley, falta de descanso consagrado en la ley laboral.

La flexibilización laboral, siempre degenera en una inseguridad personal para las trabajadoras; “cuando me dijeron que podía trabajar como mesera en un bar, supe que estaba expuesta a todo, gane mucho dinero, los clientes sabían que tenía la nacionalidad colombiana, y hubieron momentos en los que ellos querían estar conmigo, tenía que ponerme dura, muchas veces tuve que acceder para cuidar mi trabajo, sin embargo de eso también gane mucho dinero, ahora no, ahora tengo mi contrato, ya no soy mesera, sin embargo trabajo más de las 8 horas, esas horas no me pagan, y si me pagan, me las cancelan con cálculos que yo sé que no son los correctos, trabajo días festivos y no me pagan”.²⁹¹

“Trabajaba desde las dos de la tarde hasta las doce de la noche o hasta la madrugada, y me pagaban por trabajar ocho horas, ahora sé que tenían que pagarme la jornada nocturna y también las horas suplementarias, por esta entrevista pude comprender cuales son mis derechos, y cuanto debían pagarme, y yo pensaba que me pagaban bien, porque yo mantenía mi casa y a mi hija, todo pagaba y me sobraba para mandar a Colombia”²⁹².

“Yo tenía un contrato de trabajo, cuando vino la inspección del trabajo supe que me pagaban mal, y que mi contrato no era legal, solo había firmado una hoja, yo trabajaba todos los días de la semana, yo vine a estudiar también, pero no podía, trabajaba mucho,

²⁸⁸ Bajos e irregulares salarios, no tiene seguridad social,

²⁸⁹ Ana María, Menni “Cómo rebuscársela: trabajo informal en tiempos de crisis”, Política y Cultura; Fall 2004; (Publicaciones y revistas sociales y humanísticas), 47-70

²⁹⁰ La falta de un contrato de trabajo, es un arma de doble filo, ya que sin bien le otorga inseguridad laboral, podrá ser alegado en su favor cuando acuda a las distintas etapas de la administración de justicia, ya que al carecer de contrato este se vuelve oral y por lo tanto indefinido, pero en la práctica no sucede así.

²⁹¹ Michell, inmigrante colombiana, entrevistada por María Augusta Patiño, Cuenca, 29 de agosto del 2016.

²⁹² la que invisibiliza a la mujer, sin tomarla en cuenta para distintos estudios; sino que además

me pagaban mal, no podía pagar la colegiatura, así que deje de estudiar, luego salí de ese trabajo y ahora con la visa MERCOSUR pude trabajar ahora estoy en los 90 días para pedir dos años más”.²⁹³

El desconocimiento de sus derechos laborales provoca que las trabajadoras colombianas sean explotadas, la falta de protección por parte del Estado ecuatoriano en perseguir a los empleadores explotadores también logra legitimar esta práctica ver a la explotación laboral como algo permitido por la migrante. “yo no sabía de mis derechos hasta que fui capacitada, solicite mis visa para trabajar pero esa era imposible, con asesoría jurídica pude lograr que el empleador sea el que colabore con ese contrato y más que nada con los trámites, pero cerca de tres meses no cobre por pagar todo lo que don Jorge había gastado en legalizarme, pero ahora estoy bien, soy la administradora de la papelería”²⁹⁴.

Sin perjuicio de la existencia del subempleo de colombianas en Ecuador, trabajo que no requiere de educación formal, pero sin embargo requiere habilidades y destrezas, como se manifestó, es un trabajo al margen de la regulación y protección del estado, “ yo entre con la Tarjeta Andina de Migración, y no tengo dinero para sacar otro documento, además desconozco como hacerlo, voy y vengo cuando quiero, con cosas para comercializar acá, además no me interesa trabajar acá, tener un jefe o un horario que no me permitiera ir a Colombia cuando yo quiera”²⁹⁵.

Una característica del subempleo es precisamente su precarización, bajos salarios e irregulares, cubriendo sus necesidades básicas²⁹⁶. El tema del subempleo se va agudizando mientras el Estado no le da pronta respuesta a la pobreza y el desempleo.

²⁹³ Alión, inmigrante colombiana en Ecuador, entrevistada por María Augusta Patiño, Cuenca, 29 de agosto del 2016.

²⁹⁴ Jomayra, Inmigrante colombiana, entrevistada por María Augusta Patiño, Cuenca, 29 de agosto del 2016.

²⁹⁵ Luisa, Inmigrante colombiana, entrevistada por María Augusta Patiño, Cuenca, 29 de agosto del 2016.

²⁹⁶ Ana María, Menni “ Cómo rebusársela: trabajo informal en tiempos de crisis”, Política y Cultura; Fall 2004; (Publicaciones y revistas sociales y humanísticas), 47-70

Gráfico 7.

Porcentaje de mujeres colombianas inmigrantes en el Ecuador que se encuentran en ocupación.

Ocupación		
Relación de dependencia	12	80%
Subempleo	3	20%
Desocupadas	0	

Elaborado por: María Augusta Patiño.

Fuente: Investigación sobre la migración laboral femenina intracomunitaria.

En el Gráfico 7 se puede verificar el porcentaje de mujeres que se encuentran en relación de dependencia, es decir gozando de todos los derechos laborales que les otorga la ley nacional laboral, y las mujeres que se encuentran en subempleo, mujeres colombianas que no han podido engrosar las filas de las asalariadas en el Ecuador.

Es importante mencionar que en esta investigación no se contó con mujeres colombianas desocupadas, ya que no se pudo constatar que dentro del factor número de las entrevistadas hubiese alguien sin trabajo, pero esto no quiere decir en ningún momento, que no existan mujeres colombianas inmigrantes en el Ecuador que estén desocupadas, o que como señala las estadísticas pertenecen al trabajo doméstico, es decir al cuidado de su familia y la crianza de sus hijos.

Por lo tanto, dentro del muestreo se pudo constatar que un 80% se encuentra bajo relación de dependencia, es decir bajo las ordenes de un empleador, cumpliendo una jornada laboral y recibiendo una remuneración por la venta de su fuerza de trabajo, pero además recibiendo todos los beneficios legales, contemplados en nuestra ley laboral.

Un 20% se encuentra en subempleo, fenómeno que es respuesta a las políticas neoliberales en el Ecuador, el neoliberalismo produjo entre otras consecuencias la precarización del empleo y esto produjo desempleo incrementando el sector informal²⁹⁷ en el Ecuador de finales de los 80s, se produjo flexibilización laboral con el objetivo de

²⁹⁷ Ana María, Menni “Cómo rebuscársela: trabajo informal en tiempos de crisis”, Política y Cultura; Fall 2004; (Publicaciones y revistas sociales y humanísticas), 47-70

desarticular a las organizaciones laborales²⁹⁸ igual que lo que pasa en el 2016, con las últimas reformas laborales que producen flexibilización laboral.

Gráfico 8.

Mujeres colombianas en relación de dependencia y los beneficios legales.

Relación dependencia. población total						12
Contratadas		33 %	Sin contrato		8	67 %
Con seguros social		33 %	Sin seguro		8	67 %
Jornada laboral	Más de 8 horas diarias	12				100%
No pago extraordinarias	No	12				100%
No pago de suplementarias	No	12				100%
No pago de nocturnas	No	10				83%
No hay jornada nocturna		2				17%
Días de descanso	Uno	9				75%
	Dos días consecutivos	1				12.5%
	Dos días indistintos	1				12.5%

Elaborado por: María Augusta Patiño.

Fuente: Investigación sobre la migración laboral femenina intracomunitaria.

²⁹⁸ Marx Bernal y José Luis Espinoza, “Liberalismo Económico, autoritarismo político y movimiento proletario Ecuador 1984-1988”, Revista No. 28, diciembre 1991, 247.

En el gráfico 8, podemos visualizar que del 80 % de mujeres colombianas migrantes en el Ecuador, se encuentran en relación de dependencia, pero esta institución del derecho laboral, tiene muchas variantes.

De estas variantes el 33% se encuentran con una contratación intuitu persona, contrato además que fue legalizado ante la autoridad competente, sin embargo un 67% que es bastante alto se encuentran en el Ecuador sin contrato de trabajo, que por un lado es beneficioso para las personas que se encuentran sin el cumplimiento de esa obligación, ya que se podría alegar un contrato verbal y que por lo tanto se configura un contrato indefinido, pero en la práctica ningún migrante acudiría a los juzgados a demandar.

En este contexto las trabajadoras migrantes colombianas contratadas tienen derecho a la seguridad social y las que no son contratadas no tiene ese derecho.

Sin embargo resulta sumamente interesante hacer notar que el 100%, es decir todas las entrevistadas laboraban más de ocho horas diarias, sin el pago de los recargos, y lo que es peor violentando las disposiciones y prohibiciones del Código del Trabajo; en relación al no pago de las horas extraordinarias, con el recargo del 100%, cuando el trabajo se realice los fines de semana,²⁹⁹ en relación a las horas suplementarias que estas no podrán exceder de cuatro días,³⁰⁰ sin embargo son todos los días laborables los que las trabajadoras inmigrantes laboran hasta los fines de semana, que aparte de tener un recargo del 100% deberán tener el recargo del 50% de las horas suplementarias,³⁰¹ en relación a las horas nocturnas con el recargo del 25% y que será comprendido entre las 19h00 a las 06h00 del siguiente día,³⁰² en las horas nocturnas hay un plus que hay que señalar que el 17% del 80% no hacen jornadas nocturnas, es una diferencia bastante considerable, esto nos indica que aparte de la explotación, es decir que es pago que el empleador debería hacer y no lo hace, las trabajadoras no descansan lo suficiente para reponer su fuerza de trabajo.

²⁹⁹Ecuador, Código del trabajo, en Registro Oficial, suplemento, No. 10 (24 de agosto del 2009), Art 55 numeral 4. En adelante se cita este código como C.T.

³⁰⁰ Ecuador, Código del trabajo, en Registro Oficial, suplemento, No. 10 (24 de agosto del 2009), Art 55 numeral 1. En adelante se cita este código como C.T.

³⁰¹ Ecuador, Código del trabajo, en Registro Oficial, suplemento, No. 10 (24 de agosto del 2009), Art 55 numeral 2. En adelante se cita este código como C.T.

³⁰²Ecuador, Código del trabajo, en Registro Oficial, suplemento, No. 10 (24 de agosto del 2009), Art 49. En adelante se cita este código como C.T.

Esto, sin perjuicio de las horas de descanso, solo el 75% tiene un día de descanso, cuando la ley manada que el trabajador tendrá derecho a dos días consecutivos de descanso,³⁰³ el 12.5% de trabajadoras inmigrantes descansan dos días consecutivos y el mismo porcentaje es para las trabajadoras inmigrantes que descansan dos días pero indistintos.

3.2.1.4. Conclusión del análisis cualitativo.

Del muestreo se pudo verificar que hay tres momentos de la inmigración en el Ecuador, antes de la Constitución del 2008 (1990-2008), después de la Constitución 2008-2013 y con la visa Mercosur, (2013-actualidad).

Con la visa Mercosur tiene otra mirada y por lo tanto otro tratamiento para la migración laboral, “cuando tome la decisión de migrar al Ecuador, porque estaba segura que iba a ganar más plata, fue que arregle mis papeles para migrar con la visa MERCOSUR, ahora trabajo muy bien pero siempre con el miedo de que me deporten, así que a uno le toca sujetarse a las reglas del empleador mas no de la norma ecuatoriana”³⁰⁴.

Como ya se había dicho es la dolarización un factor económico para atraer migración, las trabajadoras colombianas se ven atraídas por este factor, ya que ellas ganarías mucho más aquí que en Colombia, con la posibilidad de regresar cuando deseen.

Después de la Constitución del 2008, la migración como fenómeno se vio protegida por el Estado receptor, elemento clave para mantener y producir más la migración, y con la visa Mercosur hasta la actualidad más bien ha logrado brindarle en la práctica estabilidad a la migrante colombiana, sin embargo aún guardan la esperanza del regreso a su país de origen, además de tener los papeles en orden o en su defecto sentirse seguras con una visa que les permite estar en el Ecuador con su categoría de legales, y se empoderan en el Ecuador, “Conozco algo, realmente lo básico de mis derechos como ser humano, pero lo poco que conozco me ha permitido protegerme”³⁰⁵.

Durante las entrevistas, se pudo verificar fenómenos jurídicos importantes para el Estado ecuatoriano, como el matrimonio de las mujeres colombianas y los ecuatorianos, “me case con un ecuatoriano para agilizar mis documentos, en realidad ahora que nos

³⁰³ Ecuador, Código del trabajo, en Registro Oficial, suplemento, No. 10 (24 de agosto del 2009), Art 51. En adelante se cita este código como C.T.

³⁰⁴ Ana, Inmigrante colombiana, entrevistada por María Augusta Patiño, Cuenca, 29 de agosto del 2016.

³⁰⁵ Dayana, Inmigrante colombiana, entrevistada por María Augusta Patiño, Cuenca, 29 de agosto del 2016.

divorciamos me siento frustrada ya que concebí tres hijos con un hombre que no amo”³⁰⁶, el matrimonio forzado es producto de la lenta respuesta del Estado ecuatoriano en relación a legalizar a la migración femenina, “cuando me case , pude trabajar, ya con todos los beneficios legales como un salario acorde a mi trabajo y al tiempo que trabajo, pero lo que más me agradó es poder contar con seguridad social”³⁰⁷; hubieron declaraciones fuertes como la de Maritza “ la realidad es que las colombianas migraron al Ecuador por el dólar, porque acá ganas más, porque acá a pesar que nos pagan menos que a las ecuatorianas, en Colombia la remuneración de aquí es más platita, y salimos de Colombia por el dinero y cuando en la actualidad las compañeras te digan que están aquí refugiadas por la masacre en Colombia eso es falso, sería bueno que la investigación algún día revea ese tipo de migración, o acaso te has preguntado por tantas refugiadas trabajan?, trabajan porque si no lo hacen mueren de hambre, y como la calidad de refugio no te deja trabajar legalmente son explotadas, conozco muchos casos, por no decir todos, ojala tengas la oportunidad de investigar el motivo que ha primado durante años y salieron con el cuentico de que salen de Colombia por el conflicto, eso se llama victimizarse, en Colombia se vive bien, pero sin dólar”³⁰⁸.

“La estructura de género que sostiene el Derecho, y como el Derecho a su vez mantiene esa estructura”³⁰⁹.

Han pasado varios años, en que las mujeres del mundo nos hemos preguntado cómo cambiar la estructura de un sistema de producción que nos oprime y explota por igual a varones como mujeres de la clase trabajadora, es urgente que el derecho comunitario andino tenga un oído y que por lo tanto también tenga una voz, que pueda dar respuesta eficaz a la protección en las migraciones laborales femeninas. Y qué mejor que esas reflexiones provengan de nosotras mismas.

Nos encontramos en desventaja, ya sea por la falta de visibilización de la mujer en el fenómeno de la migración o por el hecho de ser explotadas, por no contar con el status de regularidad, es decir al no ser reconocidas por la sociedad y la ley, como legales, las trabajadoras migrantes se encuentran en una triple vulneración: el de trabajadora, el de migrante y el de mujer.

³⁰⁶ Helen, Inmigrante colombiana, entrevistada por María Augusta Patiño, Cuenca, 29 de agosto del 2016.

³⁰⁷ Helen, Inmigrante colombiana, entrevistada por María Augusta Patiño, Cuenca, 29 de agosto del 2016.

³⁰⁸ Maritza, Inmigrante colombiana, entrevistada por María Augusta Patiño, Cuenca, 29 de agosto del 2016.

³⁰⁹ Alda Facio, “Cuando el género suena, cambios trae, una metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, (San José, ILANUD, 1992), 85

Resulta indignante revisar la normativa nacional que sin perjuicio de tener una norma suprema que debería modificarla, desde el 2008, hasta la actualidad son ocho años que el poder legislativo no se ha encargado de este fenómeno latente, la igualdad de los sexos ante la ley, es una pseudo igualdad porque las trabajadoras migrantes siempre fueron y son tratadas con desigualdad, porque el patrón sexual de la migración siempre fue el varón, por lo tanto las trabajadoras migrantes deben tener un derecho diseñado desde sus necesidades, eso es igualdad ya que el género masculino no es parámetro de valoración del otro género.

Por lo tanto como nos enseña Alda Facio, hay que tomar conciencia a partir de la experiencia personal de la subordinación del género femenino³¹⁰, esto se pudo reconocer en el proceso de las entrevistas, existe una total subordinación del género femenino, enfocadas siempre en las experiencias de cada una, para luego poder teorizarlas sobre las experiencias colectivas de estas trabajadoras migrantes, y especificar lo que es común a todas para teorizar esa realidad.

Parte de esa conciencia es poder denunciar, que tanto la norma nacional de extranjería, es sexista si partimos de que el sexismo es la ciencia que demuestra la supuesta superioridad del sexo masculino³¹¹, basando en las diferencias biológicas, lo peligroso es que representa una actitud consiente y de orden social, que propicia la subordinación. Estoy segura que este es el más peligroso, el que pretende mantener el statu quo de subordinación.

3.3.- Aproximación a un adecuado tratamiento de la migración laboral femenina, procedente de Colombia a Ecuador.

El derecho, a pesar de ser un obstáculo para el desarrollo humano de la personalidad femenina, puede ser un instrumento de cambios estructurales, culturales y personales, lo cual llevará, a largo plazo, a un mejoramiento en las condiciones en las que vivimos las mujeres.³¹²

³¹⁰ Alda Facio, “Cuando el género suena, cambios trae, una metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, (San José, ILANUD, 1992), 105

³¹¹ Alda Facio, “Cuando el género suena, cambios trae, una metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, (San José, ILANUD, 1992), 32

³¹² Isabel Agatón Santander, “Justicia de género: un asunto necesario” (Bogotá: Ed. Temis, 2013). 14

Por lo tanto, una ley que trate a varones y mujeres exactamente igual, pero que tiene resultados que menoscaban o anulan el goce o el ejercicio de sus derechos humanos por parte de la mujer, será una ley discriminatoria.³¹³

Estudiar tanto la redacción como la aplicación de las leyes, muchas de las veces esta última es más discriminatoria que su redacción por lo tanto, para Duglas Massey señala que existe una nueva corriente de investigación que se centra en el papel de los agentes legales en los nuevos flujos migratorios, agentes que han adquirido una importancia especial, en relación a la selección de las personas que migran, como es el caso de las mujeres trabajadoras.

3.3.1. Normativa comunitaria en materia de migración y acceso al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Como se pudo observar, en el segundo capítulo, es la Comunidad Andina a través del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores la encargada de expedir normativa comunitaria en materia de migración, por lo tanto en este fragmento encuentro dos problemas:

1. Por un lado, la falta de tratamiento por parte de la Comunidad Andina en el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de abundante norma comunitaria en materia de migración, para este efecto señalare el trabajo reciente en materia de derechos humanos que hace la Comunidad Andina, y es la carta de derechos humanos, sin el carácter de vinculante para los Estados miembros.

2. Y por otro lado, las decisiones que están vigentes en materia de migración, y que es la comunidad la que devuelve la competencia a los Estados Miembros, en esta temática.

Es decir, por un lado tenemos en teoría un catálogo de derechos fundamentales plasmado en la carta de Derechos Humanos, pero sin el carácter de vinculante y por otro lado hay normativa andina en materia migratoria intracomunitaria pero con la desventaja que devuelve la competencia normativa al Estado receptor.

³¹³Alda Facio, “Cuando el género suena, cambios trae, una metodología para el análisis de genero del fenómeno legal”, (San José, ILANUD, 1992), 21

También, se señaló en el segundo capítulo que las decisiones del Consejo andino de Ministros de Relaciones Exteriores, tienen efecto inmediato ante al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ante el Sistema de Integración Andino, y ante los tribunales nacionales e instancias administrativas de los Países Miembros, y que estas decisiones afectaban el derecho fundamental a la libre movilidad, por lo tanto acceder ante el Tribunal interponiendo una acción de nulidad, contra decisiones, resoluciones y convenios,³¹⁴ que afecten en su ejercicio pleno el derecho a la migración laboral, acción de nulidad que se fundamenta en el principio de legalidad, que en el proceso 1-AN-97, en su parte medular señala que el principio de legalidad será garantizado por el tribunal de Justicia de la Comunidad Andina bajo un proceso contencioso administrativo, para que ellas sean dictadas con sujeción a las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario; para este efecto el tribunal señala que, si el grado de subordinación o legalidad no se cumple en el ordenamiento andino derivado, es el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el que debe conocer de la acción de nulidad no solamente por violación de normas superiores, sino también por desviación de poder en las actuaciones del órgano administrador, se entenderá por desviación cuando el agente o administrador obrando dentro de los ámbitos de su competencia se aparta del fin previsto en la norma jurídica que lo regula o se separa del motivo jurídico que dio origen a su competencia; 1-AN-97,³¹⁵ así como también el proceso 02-AN-2015,³¹⁶ por lo tanto esta acción de nulidad se podría interponer en decisiones contradictorias al derecho originario, que contravengan derechos humanos migratorios, ya que estos son parte de lo que señalamos en el capítulo anterior de un jus cogens comunitario que forma parte del derecho originario,³¹⁷ si partimos de que la acción de nulidad tiene como base el control directo y efectivo de la norma comunitaria por un interés general de legalidad, y respeto al principio de jerarquía normativa, de esta manera se podría recurrir a esta herramienta comunitaria para obtener abundante normativa comunitaria en materia de movilidad intracomunitarias que no obstaculice las migraciones femeninas. Es importante señalar lo que sostiene Isabel Agaton en relación al litigio estratégico, este como una herramienta

³¹⁴ Ricardo Vigil Toledo, “ La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina”, (Navarra, Editorial Aranzadi, 2011), 94

³¹⁵ Gaceta oficial número 340 del 13 de mayo de 1998. 1-AN-97

³¹⁶ Gaceta Oficial número 2810 del 15 de diciembre del 2016.

³¹⁷ Siendo el derecho originario de mayor jerarquía, que las decisiones emanadas por el CAMRE, que son parte del derecho derivado.

para ampliar derechos humanos migratorios de las mujeres, utilizando entre otros,³¹⁸ mecanismos comunitarios, así cualquier mujer que se sienta perjudicada, afectada por la inobservancia del Derecho Comunitario Andino, podrá acudir ante la autoridad competente (TJCAN), para exigir su cumplimiento, construyendo precedentes para el reconocimiento de los derechos de las inmigrantes colombianas, conscientes de que la acción de nulidad no busca la reparación, ni la indemnización, así lo señala el proceso 02-AN-2015,³¹⁹ esto no solo fortalecerá el proceso integracionista, sino que hará madurar una política pública ahora inestable e incapaz de proteger y tutelar los derechos de todas las mujeres inmigrantes que se encuentren en cualquier Estado miembro.

Ahora bien, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dispone que cualquier persona podrá acudir ante jueces nacionales competentes, por incumplimiento de los países miembros de la normativa andina, y cuando su derechos resulten afectados por el incumplimiento,³²⁰ Vigil sostiene que la acción de incumplimiento es la que mejor acceso les otorga a los justiciables andinos,³²¹ ya que el acceso podrá ser planteado ante los jueces nacionales, siempre que afecten derechos subjetivos, o su legítimo interés.³²² No olvidemos que si se accede ante el juez nacional, este tendrá la obligación de una interpretación prejudicial a la Comunidad andina. La interpretación prejudicial es un instrumento esencial para el sistema jurídico comunitario, dice Gustavo García, y que por lo tanto resulta una verdadera garantía para la efectividad del ordenamiento jurídico comunitario.³²³ Por lo tanto el acceso ante al tribunal, podría ser desde una ciudadana de cualquier estado miembro, es decir, las inmigrantes colombianas afectadas por el incumplimiento de normativa comunitaria podrían acceder ante el juez nacional para que esta normativa comunitaria sea observada, o en su defecto podrá acceder, ya sea ante la secretaria general de la Comunidad Andina o ante el tribunal de justicia de la Comunidad Andina.

³¹⁸ Isabel Agatón Santander, “Justicia de género: un asunto necesario” (Bogotá: Ed. Temis, 2013),86

³¹⁹ Gaceta Oficial número 2810 del 15 de diciembre del 2016.

³²⁰ Decisión 472 “Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, GO 483 del 17 de septiembre de 1999.

³²¹ Ricardo Vigil Toledo, “ La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina”, (Navarra, Editorial Aranzadi, 2011), 94

³²² *Ibíd*em, 111.

³²³ Gustavo García, “ Análisis de la interpretación prejudicial emitida por el tribunal de justicia de la Comunidad Andina dentro del proceso 242-IP-2015 (Marca; textura superficie “Old Parr”), FORO Revista de derecho No.22, Quito 2014, 145

Es importante que se tomen estas acciones comunitarias, sin perjuicio de contar con abundante normativa comunitaria en materia de migración, es necesario que además como sostenía Pizzolo y Alonso García, sea necesario un catálogo de derechos fundamentales, estoy segura que el trabajo futuro de la Comunidad andina será, en la protección de los derechos fundamentales.

3.3.2. Reforma del Acuerdo de Integración Subregional Andino-protocolo modificadorio

Bajo la premisa de las palabras de Julio Cesar Trujillo, que señala que el Acuerdo de Cartagena, procura la constitución de una Unión Económica,³²⁴ que implica una libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad Andina, además implica la armonización de políticas sociales, y la aproximación de la legislación laboral,³²⁵ me lleva a pensar que lo urgente en materia de movilidad humana, en un proceso de enmienda al Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), o el planteamiento de elaboración de un protocolo modificadorio, ya que es la enmienda la que introduce un nuevo elemento que modifica al acuerdo que le antecede,³²⁶ esto para asegurar la pronta incorporación al Tratado Constitutivo de las diversas necesidades cambiantes y coyunturales de la América Andina, pero sobre todo urgentes como un catálogo de derechos fundamentales, y así sostengo que los distintos procesos de movilidad humana en la migración intracomunitaria, es un hecho que debe ser de mucho interés para el proceso integracionista.

Es penoso ya en esta coyuntura latinoamericana que a pesar de los varios intentos por la supresión de visas y con la política latinoamericanista de una ciudadanía universal que por cierto es el Ecuador el que lleva la dirección, es menester señalar que ese privilegio lo ostentan solo las categorías turísticas, pero como dice el maestro Julio Cesar Trujillo, para las migrantes que realizan actividades lucrativas abundan exigencias legales como las administrativas³²⁷ que son asentadas en caprichos coyunturales de gobierno.

³²⁴ Unión Económica, que no solo busca el fortalecimiento de las relaciones comerciales, y que no solo busca implementar un arancel común, y que además no solo busca procurar la armonización de la política fiscal, social, económica y monetaria.

³²⁵ Trujillo, Julio Cesar. "Elementos del Derecho Laboral Andino". (Quito: Santo Domingo, 1973)4.

³²⁶ Reuter, Paúl. "Introducción al Derecho de los Tratados". (México, UNAM, 1992) 170.

³²⁷ Trujillo, Julio Cesar. "Elementos del Derecho Laboral Andino". (Quito: Santo Domingo, 1973)8.

El Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), al compartir su objetivo con el objetivo de las grandes masas migrantes entre Ecuador y Colombia, que es el mejoramiento de su calidad de vida, es un hecho relativamente desprotegido por el derecho comunitario constitutivo, y que por lo tanto lo vuelve caduco, de esta manera lo óptimo son decisiones más acertadas inspiradas en los objetivos del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), que comprenderá derechos fundamentales como la movilidad humana, y como señala Julio César Trujillo, hacer parte de este cambio, a las clases populares, es decir a los proletarios de la Comunidad Andina, ya que tienen derecho a participar de las deliberaciones y toma de decisiones en asuntos en los que se juega su destino.³²⁸

3.3.3. Estadísticas en materia migratoria

Es de suma importancia que, se siga manteniendo la implementación de las estadísticas, sin perjuicio de hacerlo desde una mirada de género, esto para poder analizar bien todas las investigaciones que se tenga sobre la movilidad humana, teniendo en cuenta la muestra de mujeres migrantes, puedo sostener que una de las causas para que se dé la explotación laboral, es el desconocimiento de sus derechos como trabajadoras, el temor constante y oculto de todas las trabajadoras migrantes es que las deporten, es que pierdan su trabajo, es que ya no puedan mandar dinero a su país, y por lo tanto, eso las vuelve vulnerables, pero en cambio una trabajadora empoderada de sus derechos podrá acceder ante órganos comunitarios e internacionales para su tutela y protección, para esto es necesario que la Comunidad Andina se encuentre en la mayoría de ciudades de los países miembros, para brindar asesoría a los ciudadanos de los distintos países miembros.

En la doctrina nos pudimos dar cuenta que el androcentrismo impregnado en las estadísticas sobre migración, permitió invisibilizar durante muchos años a las mujeres migrantes, y partiendo de esa experiencia ginope, se construyen las normas comunitarias, por lo tanto si la mujer migrante es visibilizada, más una correcta participación de nosotras mismas como parte del proceso migratorio, dará como resultado una norma más incluyente; partiendo de necesidades de ambos; tanto en su redacción como es su práctica.

³²⁸Trujillo, Julio Cesar. “Elementos del Derecho Laboral Andino”. (Quito: Santo Domingo, 1973) 2

3.3.4. Armonización de la norma comunitaria.

Como se había planteado en el capítulo segundo, la armonización de la norma comunitaria ya se había presentado esta propuesta por parte de Julio César Trujillo, en el año de 1973, ahora en el 2016, se vuelve ya urgente, esto sucede por ejemplo con la decisión 583³²⁹, que da el primer paso a todo un sistema de seguridad social andino, pero que para que sea eficaz, las personas en movilidad deben tener el conocimiento pleno de la existencia de estas decisiones; la doctrina va más allá sosteniendo que es necesario la aproximación de la respectivas legislaciones sociales a través de un análisis y recopilación de las fuentes del derecho laboral andino

No es suficiente, con describir un modelo de explotación, dominación, y de subordinación a las mujeres por el solo hecho de ser mujeres, basados en el control de estructuras como el derecho y la economía,

La premisa del factor económico que lleva a varias mujeres a migrar, lleva también un fin personal que es el de , incrementar sus ingresos, medidos en términos de salarios, y esto efectivamente ocurre cuando existe migración laboral femenina, además el trabajo que se pudo observar por parte de las trabajadoras es un trabajo cualificado ligado a la productividad, son las migrantes colombianas las que viéndose en la necesidad de vender su fuerza de trabajo lo hacen produciendo más, a menores costos laborales.

Un claro ejemplo es la del proceso 100-IP-2011, en donde el juez colombiano solicita interpretación prejudicial, en solicitud de la seguridad social, en donde se aplicó la decisión 583, que contempla el instrumento andino de seguridad social, que regula el estatus jurídico de los migrantes laborales en relación a la percepción de los beneficios de seguridad social, el objetivo de dicha decisión es el de garantizar la adecuada protección social de los migrantes laborales y sus beneficiarios para que, como en consecuencia de la migración no vean menoscabados sus derechos sociales. Por lo tanto bajo el principio de igual trato que sus nacionales el migrante laboral queda sometido a la legislación de seguridad social del país miembro en cuyo territorio efectúe la actividad laboral, así el Art 8 de la decisión 583 señala que “los períodos de seguro cotizados por el migrante laboral, en un país miembro **se sumaran**,³³⁰ a los períodos de seguro cotizados

³²⁹ Decisión 583 Sustitución de la Decisión 546, Instrumento Andino de Seguridad Social, G.O 1067 del 13 de mayo del 2004.

³³⁰ La negrita me pertenece.

en los demás países miembros”³³¹ estos períodos computados serán considerados para su totalización, esta decisión señala que será viable cuando las autoridades comunitarias emitan su respectivo reglamento, sin embargo es el tribunal de justicia el que señala que la inactividad de la secretaria general al expedir dicho reglamento no perjudicará la efectividad de la decisión 583. Será entonces el inmigrante, el ciudadano de los distintos países miembros el que deban acceder ante los órganos competentes comunitarios, así como los nacionales para hacer viable la tutela efectiva de la normativa jurídica comunitaria andina.

³³¹ Decisión 583 Sustitución de la Decisión 546, Instrumento Andino de Seguridad Social, G.O 1067 del 13 de mayo del 2004.

CONCLUSIONES.

El derecho, tiene en la migración un gran desafío.³³²Miguel Carbonell.

Partiendo de que la migración es un fenómeno dialéctico, es decir que está en constante transformación, y que por lo tanto eso genera que sea difícil poder encasillarlo en una teoría, o en su defecto ser analizado desde un enfoque o causa, se sostiene que el fenómeno migratorio para ser analizado dependerá del tiempo y del espacio en donde se realiza, para poder estudiarla.

Sin embargo, la mayoría de los procesos migratorios son por factores económicos del país de origen que actúa como un Estado expulsor, ya que este carece de medidas para precautelar la estabilidad económica de sus ciudadanos, y es económico a la vez para el Estado receptor, ya que cuenta con mejores condiciones para recibir a estas personas que buscan el mejoramiento en la calidad de sus vidas, este es el caso de las migraciones intracomunitarias, que sería la movilidad humana de los ciudadanos de los distintos países miembros, que se producen desde un Estado miembro a otro Estado miembro de la Comunidad Andina.

Es paradójico mirar como el modelo económico de esta sociedad, que es el capitalismo actual logra que la migración sea producto de la globalización. Siendo la globalización el representante del capitalismo, se ha dado el lujo de poner límites a un fenómeno fortalecido por él mismo, sin embargo a pesar de esta práctica constante y a la vez contradictoria por parte de capitalismo internacional, es América del Sur, a través de sus diferentes procesos integracionistas, como la CAN, UNASUR Y MERCOSUR, que le brindan otra mirada a este fenómeno, dotando de conceptos humanos a la connotación negativa y discriminatoria del término migración, calificada de ilegal, hoy se mira a la movilidad humana con identidad de ser humano que genera la declaración de dignidad humana, que le otorga el reconocimiento de sujetos de derechos, derechos asentados en la ratificación de la Declaración de los Derechos Humanos, como principal instrumento internacional del cual derivan todos los instrumentos internacionales para la protección del ser humano en movilidad, así como la Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, que tiene un

³³² Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “los derechos en la Movilidad Humana: del control a la protección”, (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 97.

alcance más profundo en materia laboral; y de esta manera la Comunidad Andina a través de la Carta Andina de Derechos Humanos, le ha dado el reconocimiento andino que ya se tornaba urgente, ahora será de trabajo volverla vinculante, para su efectivo cumplimiento.

De este trabajo se puede colegir lo siguiente:

1.- Los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como regionales en materia de movilidad humana, deberán incorporarse en las distintas constituciones y en las legislaciones internas de los diferentes Estados miembros de la Comunidad Andina, partiendo de la premisa de que la movilidad es un derecho humano fundamental. Lo realmente importante es lograr que estos instrumentos internacionales, precedido por el más importante en materia de migración laboral como es: La convención internacional sobre protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, sean de obligatorio cumplimiento, como lo señala la doctrina de derecho de los tratados, sin delegar esa competencia a los Estados miembros, ya que los Estados alegaran aspectos como la soberanía o la seguridad del Estado o en su defecto el mercado laboral, para poner esas restricciones discriminatorias; de esta misma manera las legislaciones internas harán lo posible para ajustar a su normativa, el ordenamiento jurídico andino en materia de derechos humanos migratorios

2.- Si el Ecuador, ratifica todos estos instrumentos internacionales, es de suma importancia que ajuste su normativa nacional a estos tratados, resulta interesante poder reiterar que el Ecuador en la Constitución del 2008, incorpora todos estos instrumentos en materia de movilidad humana, pero resulta que no lo hace con la normativa ordinaria, que es ineficaz para precautelar la protección de los inmigrantes. De ahí que se sugiera una pronta, normativa acorde a los principios y derechos constitucionales, comunitarios e internacionales.

3.- Es la Comunidad Andina por medio del derecho comunitario andino, el competente para tutelar la migración intracomunitaria, ya que a través de las decisiones del consejo andino de ministros de relaciones exteriores, decisiones que son de cumplimiento directo y de carácter obligatorio, por parte de los Estados miembros, como lo son Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia, porque fueron estos Estados los que cedieron competencias a la Comunidad Andina, para fortalecer el proceso integracionista se deberá

reforzar la herramienta jurídica, de la armonización de la norma para su efectivo cumplimiento.

4.- Los Estados miembros de la Comunidad Andina, deberán empoderarse de este proceso integracionista como una solución viable para sus ciudadanos, empoderarse en la creación de una normativa que involucre a los y las migrantes laborales, conscientes de que la mujer migrante se encuentra sin derechos fundamentales ya que ha sido el varón como patrón de análisis el que ha migrado y bajo esas relaciones de poder en donde la mujer debía mantener la unidad familiar, mientras que con la división sexual del trabajo, es el varón el que debe producir, trabajar, es el varón el que puede y debe migrar para sostener a la familia. La protección de la comunidad bajo estos postulados es crear normativa comunitaria andina desde las necesidades femeninas y bajo una perspectiva de género.

Por otro lado, en el análisis del fenómeno migratorio laboral intracomunitario de las trabajadoras colombianas, nos cuestionamos que derecho comunitario podrá tutelar efectivamente los derechos fundamentales, como el derecho al trabajo en toda su amplitud, de las mujeres en movilidad; también nos produjo un conglomerado de pensamiento sobre el derecho, sobre el repensar del alcance de los derechos humanos en la Comunidad Andina, un repensar del derecho comunitario ya no desde una mirada comercial, sino más bien ya social, más humano, se pudo verificar que tanto el derecho nacional, como el derecho comunitario andino, cuenta con variadas características sexistas, que tendrán que irse eliminado, para contar con un organismo supranacional eficaz, que presupone el hecho de acceder ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el reconocimiento de los derechos laborales de las trabajadoras migrantes.

5.- Una de las competencias de la Comunidad Andina es velar por el cumplimiento de la armonización de la norma comunitaria a la nacional, es en este sentido los Estados miembros deberían hacer viable esta competencia a través de las diferentes acciones que les otorga el Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena); pero para esto es menester que se mire a la Comunidad Andina como un proceso integracionista más amplio y más humano, no solo en materia de comercio, ya se vuelve urgente que volteen la mirada hacia los derechos humanos.

5.- Se planteó una urgente normativa comunitaria en materia de migración para una eficaz aproximación de las normas laborales de los países andinos, esto conlleva a lo que sostenía Pizzolo, la elaboración de un catálogo de derechos fundamentales y como señala Alonso García será el trabajo del tribunal de justicia el que tendrá que enfrentarse a la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de los distintos países miembros.³³³

6.- En el fenómeno migratorio presente, se puede verificar grandes porcentajes de migración femenina, empezando a visibilizarla en las migraciones sur-sur, como las migraciones en el cono sur y las migraciones intracomunitarias³³⁴ pero las mujeres que migran, ya no como acompañantes de los varones, sino más bien, mujeres en libertad, que comprende su libertad de decidir salir, quedarse y buscar esas condiciones de vida dignas que acompañan a cada migración laboral, por lo tanto la inmigración laboral, presupone también la tutela del Estado receptor, de esta manera el Ecuador deberá incluir a la migrante trabajadora, en esa nueva norma, visibilizando la migración laboral femenina desde sus necesidades.

El uso de las fronteras nacionales que trazan los límites de cada Estado nación, subordinan el derecho a la libre movilidad, bajo el cumplimiento de requisitos, requisitos discriminatorios para alcanzar una protección comunitaria, de los derechos fundamentales comenzando por la libertad de tránsito.

³³³ García. Ricardo Alonso, "Derecho Comunitario y derechos nacionales autonomía, integración, e interacción" (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999) 166.

³³⁴ Migraciones más focalizadas.

BIBLIOGRAFÍA.

- Alberto Adrianzen y Oriana. Suarez, et al., *Convergencia CAN-MERCOSUR Ecuador*: Universidad Andona Simón Bolívar, sede Ecuador, 2014.
- Amnistía Internacional, historia de los derechos humanos. <<http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/inf-resumen.html>>.
- Amnistía Internacional, *Vivir en las sombras*. España: EDAI, 2006.
- Aragónes Castañer, Ana María; Dunn, Timothy, “Trabajadores indocumentados y nuevos destinos migratorios en la globalización”, UNAM. Distrito Federal – México, 2005.
- Arango, Joaquín “La explicación teórica de las migraciones”, *Migración y desarrollo: red de revistas científicas, de América Latina y el Caribe, España y Portugal*, No.001, 2003.
- Benavidez Gina, “Mujeres Inmigrantes en Ecuador”, serie Magister 179, Quito: Corporación editora nacional, 2015.
- Benavides, Gina, “Informe sombra al primer informe del Estado ecuatoriano sobre el cumplimiento de la Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares”, Ecuador, Coalición para el seguimiento y difusión CTFM, 2007.
- Benavidez, Gina, “Condicionantes de género en los procesos de ingreso y permanencia de mujeres colombianas, peruanas y chinas a Ecuador”, tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2011).
- Bobbio, Tatiana, “El sistema supranacional como alternativa en el MERCOSUR” Congreso, Organización regional actual y la necesidad de reformas, Argentina, 31 de mayo del 2012.
- Calogero Pizzolo, “Globalización e integración” Argentina: Sociedad anónima Editora, comercial, industrial y financiera, 2002.
- Carl Marx y F. Engels, “manifiesto del Partido Comunista”, Editorial Progreso, Moscú, 1890.
- Carta de Naciones Unidas. (1945)
- Castillo Murrele, Diana, coord. *Mujer y migración: la voz de las mujeres andinas migrantes*. Bogotá: Fundación Esperanza, 2013.

- Centeno, Rebeca, “El orden social de género y las migraciones laborales: una relación necesaria”, publicaciones y revistas sociales, No.73, 2006.
- CEPAL, “El mapa migratorio de América Latina y el Caribe, las mujeres y el género. Serie 44. Chile: Naciones Unidas, 2003.
- Chávez, Gardenia, “Derechos humanos y políticas migratorias: el caso del flujo migratorio de Ecuador hacia España, 1998-2005”, tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2006.
- Coalición por las migraciones y el refugio, informe sobre movilidad humana Ecuador 2011, Quito, Efecto estudio creativo, 2012.
- Comisión mundial sobre la dimensión social de la Globalización, “Globalización: naturaleza e impacto” en Por una Globalización Justa: Crear oportunidades para todos, Suiza, OIT, 2004.
- Comité de Derechos Humanos, Observatorio General No. 18, párrafo 7.
- Diez de Velazco, Manuel, “Las Organizaciones Internacionales”, Madrid, 1997.
- Douglas, Massey, et al., Migraciones y mercados de trabajo, México, Plaza y Valdez editores, 2000.
- Facio, Alda, “Cuando el género suena, cambios trae, una metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, San José, ILANUD, 1992.
- Feminismo de la Segunda Ola, basado en el sufragismo y que tuvo de todo un poco. Nuria Valera, “Feminismo para principiantes”, España, Ediciones B, s.a, 2013.
- García. Ricardo Alonso, “Derecho Comunitario y derechos nacionales autonomía, integración, e interacción” Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.
- García, José, “Políticas migratorias de la Unión Europea y Migración Andina: las garantías de los derechos”, Ponencia presentada en la Conferencia regional “Globalización, migración y derechos humanos” organizada por el programa andino de derechos humanos, PADH, Quito, septiembre 16,17 y 18 del 2003.
- Gómez, Jaime “La migración internacional: teorías y enfoques, una mirada actual”, Semestre Económico, 26 de enero del 2010
- González, Iris, “Solución de las controversias por incumplimiento de los Estados en el régimen de la Comunidad Andina. La cuestión de la efectividad” tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2007.

- Gustavo García, “Análisis de la interpretación prejudicial emitida por el tribunal de justicia de la Comunidad Andina dentro del proceso 242-IP-2015 (Marca; textura superficie “old parr””, FORO Revista de derecho No.22, Quito 2014.
- Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos INEC, Anuario de entradas y salidas internacionales 2014, Quito: Dirección de Estadísticas sociodemográficas, 2014.
- Isabel Agatón Santander, “Justicia de género: un asunto necesario” Bogotá: Ed. Temis, 2013
- Iván Escobar y Raúl Gonzales, et al., “Refugiados y migrantes irregulares”, Ecuador, Graficas Cobos, 2003.
- Jiménez de Aréchaga, E. Curso de derecho internacional público, Montevideo, 1959.
- Jiménez, Eva, “Una revisión crítica de las teorías migratorias desde la perspectiva de género” Galicia, Centro de Estudios Demográficos, 1998.
- Kaplan, Marcos. Derecho de la Integración Latinoamericana. “tendencias actuales del Derecho” de Juan Luis Soberanes. México: Fondo de Cultura Económica, S.A, 1994.
- Kollontai, Alejandra, “Sobre la liberación de la mujer”, España, Editorial Fontamara, 1979.
- Krugman. Paul y Obstfeld. Maurice, Economía Internacional. Teoría y política Madrid, McGraw-Hill,1998.
- Luis, Pásara, “El uso de instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia”, 1ed, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Martínez, Jorge, “El mapa migratorio de América Latina y el Caribe, las mujeres y el género”, Santiago de Chile, CEPAL, 2003.
- Martínez, Nela, conferencia que dicta en el Encuentro de mujeres en el Ecuador, organizado por la FDM.1991
- Marx Bernal y José Luis Espinoza, “Liberalismo Económico, autoritarismo político y movimiento proletario Ecuador 1984-1988”, Revista No. 28, diciembre 1991.
- Melendez, Florentin, “Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado”, 8ª.ed, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.

- Menni, Ana, “Cómo rebuscársela: trabajo informal en tiempos de crisis”, Política y Cultura; Fall 2004; Publicaciones y revistas sociales y humanísticas.
- Micolta, Amparo “Teorías y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales”, Trabajo Social No.7, 19 de octubre del 2005, 60.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Los derechos en la Movilidad Humana: del control a la protección”, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur, Quito: V&M gráficas, 2012.
- Ministerio de Relaciones Exteriores, Agenda nacional por la igualdad, Ecuador: Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, 2014.
- Montaño, César, “La jurisprudencia del tribunal de justicia de la Comunidad Andina en materia de armonización legislativa: el caso del impuesto al valor agregado”, Ponencia presentada en el IV Encuentro de Magistrados de la Comunidad Andina y del Mercosur, Quito, 20 y 21 de septiembre de 2012.
- Montaño, César, “Problemas Constitucionales de las Integraciones Supranacionales”. Análisis del caso Andino” tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.
- Montaño. César, “Manual de derecho tributario internacional”, Serie Estudios Jurídicos Volumen 25ª Quito –Ecuador, Corporación Nacional Editora ,2006.
- Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, En pos de morada, 1a. ed. Quito: Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, 2009.
- OMC: Nuevas aproximaciones a la cuestión de la adaptación del derecho interno al Derecho Internacional. En Martínez Molina, Dunia (Editora), “Derecho Económico Internacional”, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar – Corporación Editora Nacional, 2006.
- Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los migrantes, Francia: UNESCO, 2005.
- Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los migrantes, Francia: UNESCO, 2005.

Organización Internacional para las migraciones, “Incorporación laboral de los migrantes, en la región metropolitana de Chile”, Santiago de Chile, OIM, 2009.

Organización Internacional para las Migraciones, Derecho Internacional sobre migración, No.7 Suiza, OIM, 2006.

Organización Internacional para las migraciones, Glosario sobre Migración, No. 7. Ginebra, OIM, 2006.

Organización Internacional para las Migraciones, Incorporación laboral de los migrantes. Santiago: OIM, 2012.

Organización Internacional para las migraciones, Perfil migratorio de Colombia, Bogotá, OIM, 2010.

Organización Internacional para las migraciones, Perfil migratorio de Colombia, Bogotá, OIM, 2012

Pazmiño, Ernesto “Los seres humanos no somos ilegales”, defensa y justicia, (Quito), No. 10, junio del 2014

Peces, Jesús, dir. Inmigración y Derecho. Madrid: Consejo General del poder Judicial, 2002.

Pérez Tremps, Pablo, coord. Integración Política y Constitución. Serie 7. Quito: Corporación editora nacional, 2004.

Pérez, Nicole y Alex Valle Franco, Los derechos en la movilidad humana: del control a la protección. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

Perotti, Alejandro, “El derecho de la Integración en el MERCOSUR” Conferencia, Simposio Integración y Supranacionalidad, Sucre, 23 de noviembre del 2000.

Presentación, Fe y Justicia, 2003

Programa andino de derechos humanos, manual de formación en derechos humanos de las mujeres. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2012.

Reuter, Paúl. “Introducción al Derecho de los Tratados”. (México, UNAM, 1992) 170.

Ricardo Vigil Toledo, estructura jurídica de la Comunidad Andina, editorial aranzandi, navarra 2011.

Rico Frontaura, Victor Manuel “El Derecho de la Integración en la Comunidad Andina” Conferencia, Simposio Integración y Supranacionalidad, Sucre, 23 de noviembre del 2000.

- Sáchica. Luis Carlos, “Introducción al Derecho Comunitario Andino” Colombia: Editorial Temis, 1990.
- Sainz, Juan Pablo, “Los impactos de la globalización en el mundo laboral centroamericano” en *European Review of Latin American and Caribbean Studies*; Publicaciones y Revistas sociales y humanísticas, abril 2003.
- Sassen, Saskia “Formación de los condicionantes económicos para las migraciones internacionales”, Ecuador debate.
- Seara, Modesto, “Derecho Internacional Público”, (México, editorial Porrúa, 2005.
- Secretaría General de la Comunidad Andina, Dimensión Económico comercial de la Comunidad Andina, Perú: Secretaria General de la Comunidad Andina, 2013.
- Secretaría General de la Comunidad Andina, Integración y Supranacionalidad, Lima: Secretaria General de la Comunidad Andina, 2001.
- Secretaría General de la Comunidad Andina, Avances y recomendaciones para la implementación de la normativa de la Comunidad Andina en materia de Migraciones, Lima, CAN, 2012.
- Smith, Adam, “Investigación sobre la naturaleza y causa de la Riqueza de las Naciones”, España, Oikos-tau, 1976.
- Sobrino, José Manuel, “Derecho de la Integración, marco conceptual y experiencia de la Unión Europea” Conferencia, simposio Integración y Supranacionalidad, Bolivia, 21 de noviembre del 2000.
- Tangarife, Marcel, “La supranacionalidad en el Constitucionalismo Latinoamericano: el caso de los países de los Países miembros de la Comunidad Andina” (Conferencia, Simposio Integración y Supranacionalidad, Sucre, 23 de noviembre del 2000).
- Tangarife, Marcel, “Sistema jurisdiccional en el proceso andino” Conferencia, Simposio Integración y Supranacionalidad, Sucre, 23 de noviembre del 2000.ú
- Toro, Edison, “Problemas constitucionales que plantea la armonización normativa en la Comunidad Andina” tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2013
- Torres, Carlos, “Inconstitucionalidad del record policial o registro de antecedentes personales en el Ecuador”, tesis de grado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Trujillo, Julio César, “Elementos del Derecho Laboral Andino”, Quito: Santo Domingo, 1973.

Normativa.

Decisión 563 "Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)” G.O 940 del 1 de julio de 2003.

Código del Trabajo. 2005

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Convención Americana de Derechos Humanos, 1969

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Convención Internacional contra todas las formas de discriminación racial, 1966

Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación a la mujer de 1979.

Convención Internacional para la Protección de todos los trabajadores migratorios y sus familias, 1990

Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1969.

Convenio 97 OIT sobre los Trabajadores Migrantes 1949

Decisión 397 CAN, Tarjeta Andina de Migración (TAM), 1996

Decisión 398, Comunidad Andina de Naciones CAN, 1997.

Decisión 472, Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, GO 483 del 17 de septiembre de 1999.

Decisión 501 CAN, Zonas de integración Fronteriza en la Región Andina, 2001

Decisión 502 CAN, Centros Binacionales de Atención en Frontera (CEBAF), 2001

Decisión 503 CAN, Reconocimiento de documentos nacionales de identificación, 2001

Decisión 504 CAN, Creación del Pasaporte Andino, 2001

Decisión 545 CAN, Instrumento Andino de Migración Laboral, 2003

Decisión 546 CAN, Instrumento Andino de Seguridad Social, 2003

Decisión 548 CAN, Mecanismo Andino de Cooperación en materia de asistencia y protección consular, 2003

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

Decreto Ejecutivo 1166, 2012.

Decreto Ejecutivo 218, 2000.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1969

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1976)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1969

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1976)

Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire, 2000

Protocolo de Trujillo, 1996

Tratado constitutivo de la UNASUR, 2008

Tratado de Asunción, 1991

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Proceso 100-IP-2011. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Proceso 02-AN-2015. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Proceso 01-AN-2014. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Fuentes de internet

Cronología,

<<http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=196&tipo=QU&title=cronologia>> última visita 20 de julio del 2016.

D’Atri, Andrea, “Oprimidas y explotadas”, Revista Lucha de Clases N° 1, (Otoño / Invierno de 1997): <<http://bibliografia-alternativa.blogspot.com/2009/05/oprimidas-y-explotadas-andrea-datri.html>> última visita 22 de agosto del 2017.

Estatuto Permanente de migración Colombia-Ecuador.
<<http://www.cancilleria.gob.ec/estatuto-migratorio-permanente-entre-ecuador-y-colombia-garantiza-derechos-de-los-ciudadanos-de-ambos-estados/>> Visita ultima vez 19 de julio del 2016.

Funcionamiento de UNASUR, <<http://www.unasursg.org/es/como-funciona-unasur>>, última visita 20 de julio del 2016.

Instrumentos internacionales de Derechos humanos, <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>> Última visita 22 de agosto del 2017.

Miguel A. Montes, “migraciones, fronteras y capitalismo” <<https://marxismoleninismo.wordpress.com/2013/03/03/capitalismo-y-migraciones/>> última visita 22 de agosto del 2017.

Organización Internacional del Trabajo, Migración laboral internacional: Un enfoque basado en los derechos. (Suiza: OIT). <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/media-centre/issue-briefs/WCMS_248866/lang--es/index.htm#src> última visita 22 de agosto del 2017.

Proyecto de ciudadanía suramericana <<http://www.andes.info.ec/es/noticias/proyecto-ciudadania-suramericana-unasur-da-sus-primeros-pasos-samper.html>>. última visita 17 de julio del 2016.

Secretaría General de la Comunidad Andina, Las migraciones intracomunitarias y extracomunitarias en la agenda de la Comunidad Andina. (Perú: 2008), <www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=84&tipo=TE&title=migracion> última visita 22 de agosto del 2017.

Su funcionamiento <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/6500/4/innova.front/su-funcionamiento>> Última visita 01 de julio del 2016.

Toledo, Cecilia, “Mujeres: El género nos une, la clase nos divide”, <<https://www.marxists.org/espanol/tematica/mujer/autores/toledo/2001/genero.htm>> última visita 22 de agosto del 2017.

Xavier de Lucas, “la migración como res política” <www.uv.es/CEFD/10/delucas.pdf>. última visita 22 de agosto del 2017.